

# VECES *para la* DEMOCRACIA

---

INFORMACION Y DEBATE

**F. Cobos Gil**, La «casa del herrero» en la calle de San Bernardo. **A. Huet de Sande**, Situación penitenciaria española. **J. Ramos Torre**, Tutela judicial y delitos económicos. **G. de Leo**, La innovación en los sistemas de justicia de menores. **E. Giménez-Salinas-C. González Zorrilla**, Jóvenes y cuestión penal en España. **L. Pepino**, Desviación juvenil e intervención judicial en Italia. **M. Colin**, La justicia de menores en Francia. **M. Voss**, Penas privativas de libertad para menores y alternativas dinámicas. **E. Pedraz Penalva**, Significado y vigencia del jurado. **R. Vilar Badía**, La asistencia gratuita en los procesos que permiten la defensa personal. **R. Bergalli**, Movimiento asociativo-judicial en Argentina y Colombia.

**Jueces para la Democracia. Información y Debate**  
publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (Coordinador), Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNANDEZ  
ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Javier MARTINEZ LAZARO, Jesús PECES MORATE.

Correspondencia: *Jueces para la democracia*, calle Núñez Morgado, 4, apartamento 307. 28036 MADRID

Precio de este número: 600 pesetas (IVA Incluido)

Suscripción anual: 1.500 ptas. (tres números).

Depósito legal: M-15960-1987. Unigraf, S.A. Móstoles Madrid.

# INDICE

	<u>Pág.</u>
<b>Debate</b> .....	3
— <i>Cuando la «casa del herrero» está en la calle de San Bernardo</i> , Francisca Cobos Gil.	
— <i>Aproximación a la situación penitenciaria española</i> , Angeles Huet de Sande.	
— <i>Tutela judicial y delitos económicos</i> , Javier Ramos Torre.	
<b>Dossier: Justicia de menores</b> .....	13
— <i>La innovación en los sistemas de la justicia de menores en Europa: necesidad de nuevas formas de garantía</i> , Gaetano de Leo.	
— <i>Jóvenes y cuestión penal en España</i> , Esther Giménez-Salinas Colomer y Carlos González Zorrilla.	
— <i>Desviación juvenil e intervención judicial en Italia</i> , Livio Pepino.	
— <i>La justicia de menores en Francia</i> , Michele Colin.	
— <i>Penas privativas de libertad para menores y alternativas dinámicas a las sanciones: ¿doble estrategia?</i> , Michel Voss.	
<b>Estudios</b> .....	51
— <i>Sobre el significado y vigencia del jurado</i> , Ernesto Pedraz Penalva.	
<b>Teoría/práctica de la jurisdicción</b> .....	61
— <i>La asistencia letrada gratuita en los procesos que permiten la defensa personal</i> , Ramón Vilar Badía.	
<b>Internacional</b> .....	65
— <i>El movimiento asociativo en Argentina y Colombia: impedimentos, tentativas, ideologías y actitudes de las clases judiciales</i> , Roberto Bergalli.	
<b>Documentos de JUECES PARA LA DEMOCRACIA</b> .....	71
— <i>Nota informativa del Secretariado sobre el proceso reivindicativo en curso.</i>	
<b>Apuntes</b> .....	73
— <i>Los ruidos del portavoz.</i>	
— <i>Si hay que asustarse.</i>	
— <i>El código de los «bemoles».</i>	
— <i>La solución.</i>	
— <i>Faltaría más, Ilustrísimo Señor.</i>	

# DEBATE

---

## Cuando la «casa del herrero» está en la calle de San Bernardo

Francisca COBOS GIL

Ya no hay demasiado lugar para la sorpresa o el desencanto, a la vista de las situaciones a veces caóticas que afectan al ejercicio de los derechos y libertades en muchos ámbitos administrativos. Sin embargo, no deja de pervivir una cierta inquietud al observar cómo en determinados espacios se mantienen ciertos apegos malsanos a la primacía de la autotutela, que ciega el cauce de cualquier investigación. Así resulta todo un símbolo tener que apelar al refranero español para describir el impacto que ello produce.

Ciertamente no se trata de rechazar la puesta en práctica de las facultades de autotutela de las que goza la administración pero hay que cuestionar tanto el talante con que la misma se invoca en muchas ocasiones, como la pureza de las fórmulas jurídicas que se aplican.

Con motivo de la evasión de dos internos de un centro penitenciario, se incoa un expediente disciplinario por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a los efectos, en principio lógicos, de esclarecimiento de los hechos. En la misma fecha de la incoación del expediente, se procede a decretar la suspensión provisional de funciones de varios funcionarios. La justificación de ambas decisiones la concreta la autoridad competente en unas pretendidas informaciones de carácter interno aportadas por una Inspectora de Régimen, y de las que parece ha de deducirse la posibilidad de concurrencia de responsabilidad en aquéllos, por presuntos incumplimientos en el ejercicio de su actividad. Llama poderosamente la atención el hecho de que esa información no se plasme en el expediente disciplinario, y en tal sentido pudiera afirmarse que no existe. Pero resulta más significativo aún que en el marco de actuación de un órgano dependiente del Ministerio de Justicia se adopten determinadas resoluciones, obviando principios tan elementales como el de audiencia al interesado. Esto, sin duda, tratándose de un expediente de carácter sancionador, además de

aproximarnos a la figura de la nulidad, lleva aparejada, una evidente vulneración del ejercicio de defensa, y en última instancia una limitación palpable del derecho a la presunción de inocencia.

Este tipo de circunstancias, se reproducen de una forma más bien cotidiana, y en todo caso reflejan que la prioridad se orienta más hacia una pretendida eficacia, probablemente de cara a la opinión pública, que al respecto taxativo de las garantías que deben presidir cualquier investigación. Ellos nos obliga a señalar la necesidad de debatir en profundidad los riesgos que conllevan decisiones que se toman con un carácter excesivamente automático, decisiones en las que parece prevalecer una pretensión ejemplificadora, más que una investigación aséptica, cuyo resultado final puede incluso generar responsabilidades para la Administración en función de sus propias omisiones.

No hay duda de que en muchos supuestos, y este puede ser uno de ellos, se genera una cierta confusión en el plano de la actuación administrativa entre la estrategia política para dar respuesta a una situación conflictiva, que genera inseguridad en la opinión pública, y las decisiones de naturaleza jurídica, que para adoptarse no solamente deben estar fundadas en Derecho, sino que han de ir precedidas de inexcusables exigencias, cuyo cumplimiento no se debe soslayar. Pero hay que añadir que desde el punto de vista de los intereses y derechos de los administrados tal confusión no es en modo alguno permisible. Especialmente cuando en base a ella, puede producirse una inversión de los principios a defender, que es por lo que ha de hacerse hincapié en la defensa del derecho del expedientado, más que en el interés de la Administración por ver satisfecha la reafirmación de su imagen pública.

Si preocupante es la premura con la que se decide adoptar medidas cautelares que producen consecuencias serias para quien las sufre, y hacerlo de una manera que se aleja de lo que entendemos en

términos jurídicos por interpretación restrictiva, lo es mucho más el tratamiento que se ha llegado a otorgar al ejercicio del derecho de defensa de los expedientados. En efecto, resulta llamativo el veto impuesto a la participación de los letrados en diligencias tan significativas como la toma de declaración del interesado. Concebir que la participación debe resumirse a estar presente en la referida diligencia, sin posibilidad de intervenir en el interrogatorio, no deja de constituir un retroceso palpable, y reproduce el miedo inveterado a la fiscalización; lo que, en última instancia, pone de relieve la vigencia unos hábitos que entendíamos ya superados. Algo tanto más grave si se tiene en cuenta que se trata de actuaciones instructoras de órganos en los que debería presumirse una mayor sensibilización y conocimiento del sistema de garantías, por su incardinación en una instancia administrativa, de la que parte precisamente la elaboración de la normativa que desarrolla los derechos constitucionales relacionados con la no indefensión.

Claro que habría que rebajar a la categoría de anécdota, si no resultase excesivamente frívolo o ignorante, el argumento que se ha expuesto desde la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, ante la impugnación sobre el veto los letrados que hemos referido, y que se resume en manifestar que

la participación activa del letrado en el interrogatorio podría llegar incluso a confundir al Instructor, presumiendo el menor dominio de la técnica jurídica de éste. El argumento es tan simple, y a la vez tan débil que no resiste comentario. Y nos sitúa ante la evidencia de que incluso puede llegarse a la quiebra de principios elementales en base bien a un desconocimiento, porque lo cierto es que se interroga sobre hechos y no sobre fundamentos jurídicos. Tal actitud traduce la específica oposición a que sean controladas de forma rigurosa las actuaciones administrativas, más allá de una futura fiscalización por la autoridad judicial.

La denuncia de este supuesto concreto, acaecido en el ámbito propio del Ministerio de Justicia, sirve de referencia para hacernos ver que se persiste en posiciones tendentes a buscar la justificación anticipada de la eficacia de las respuestas administrativas, relativizando la aplicación del respeto a los derechos individuales. Y ello, no sólo no resulta legítimo, sino que además quiebra la expectativas de los ciudadanos, aunque sólo fuere por la asociación de ideas que se genera en las personas cuando se habla del Ministerio de Justicia, propiciando que una vez más resulte fundado evocar el dicho popular: «en casa del herrero, cuchillo de palo».

# Aproximación a la situación penitenciaria española

Angeles HUET DE SANDE

El título que encabeza estas breves líneas pretende reconocer la imposibilidad de abordar en el presente trabajo la compleja realidad penitenciaria española sobre la que tanto y desde tantos puntos de vista se ha escrito y en la que, como parcela que es del ejercicio del poder sancionador del Estado, inciden múltiples factores jurídicos y extrajurídicos, penitenciarios y extrapenitenciarios.

Sólo puede, pues, pretenderse abundar en algunas reflexiones ya conocidas, pero partiendo de la experiencia que proporciona el conocimiento global, directo y en vivo de esta realidad a la que duele siempre acercarse.

Cuando se promulga la Constitución democrática de 1978, nuestro país, en este tema —como en tantos otros—, se encuentra en clara situación de desventaja: la situación penitenciaria heredada de la dictadura ni en su configuración práctica, ni en su regulación normativa se aproximaba siquiera sea mínimamente a la actual orientación constitucional del sistema penitenciario.

Con la Constitución y posteriormente la Ley Orgánica 1/1979, de 28 de septiembre, General Penitenciaria, se entra de lleno en el movimiento de reforma penitenciaria que se promueve en Europa en la década de los años setenta —o finales de los sesenta— propiciado por el Consejo de Europa con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Detenidos que aprueba el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 19 de enero de 1973, que se inspiraron en las conclusiones del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, reunido en Ginebra el 30 de agosto de 1955.

La Legislación penitenciaria española es, en términos generales, progresiva y configura un sistema que, en relación con otros países democráticos de Europa, es mucho más avanzado y respetuoso con los derechos de los internos. Sólo por citar algunos ejemplos, destacan aspectos como la amplia intervención del juez de vigilancia y el completo sistema de recursos contra sus resoluciones que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial el sistema de sanciones y su progresiva interpretación por el Tribunal Constitucional; el régimen y frecuencia en la recepción de paquetes por los internos; el derecho del recluso a usar sus propias ropas (las reglas de las Naciones Unidas o del Consejo de Europa y la mayoría de las legislaciones europeas permiten la imposición de uniforme); el rechazo de nuestra legislación penitenciaria por el uso de armas de fuego por los funcionarios penitenciarios, a pesar de encontrarse permitido por las Reglas de Ginebra y Stras-

burgo y por la legislación de algunos países europeos; la amplia regulación de las comunicaciones íntimas; la creación de las comisiones de asistencia social penitenciarias, etc.

Pero, a continuación, es preciso reconocer que de la previsión normativa a la realidad práctica, aún queda un largo camino por recorrer.

Como en las demás legislaciones europeas, dos son los principios esenciales sobre los que se asienta nuestra legislación penitenciaria: la humanización en la ejecución de las penas privativas de libertad (la pena privativa de libertad sólo puede consistir estrictamente en la privación de ese derecho fundamental, sin que pueda constituir un sufrimiento añadido a la pena; el sistema penitenciario debe, en todo caso, garantizar el respecto a los derechos fundamentales de la persona); y, en segundo lugar, la ejecución de la pena debe tender fundamentalmente a la reeducación y a la reinserción social, debiendo los poderes públicos ofrecer un tratamiento resocializador al delincuente.

Aunque los términos que acaban de utilizarse, ineficaces de nuestra vigente legislación positiva, permitan recordar al movimiento de política criminal denominado «Defensa Social» (Marc Ancel), lo cierto es que la idea de reinserción social y ejecución humanitaria de la pena —prescindiendo ahora de la encendida polémica doctrinal que existe al respecto, con sus obvias connotaciones ideológicas a las que no es posible sustraerse— se encuentra recogida en la norma de más alto rango de nuestro Derecho positivo (art. 25.2 C.E.) como directa consecuencia, quizá inexcusable, del modelo de Estado intervencionista —Estado social y democrático de Derecho— que nuestro país ha adoptado.

Pues bien, el enfoque práctico que pretenden estas líneas requiere que nos detengamos, siquiera sea someramente, en algunas facetas de índole material de la vida penitenciaria en las cárceles españolas sin cuya adecuada satisfacción es difícil acercarse a la meta de reeducación y reinserción que la Constitución ha establecido —entre otras finalidades no excluidas por el Texto Fundamental— para la ejecución de las penas privativas de libertad.

Una ejecución humanitaria de este tipo de penas requiere dar cobertura a ciertas manifestaciones de la vida en prisión que, por afectar al núcleo esencial de la dignidad de la persona, se convierten «de facto» en presupuesto previo inexcusable de cualquier programa de reinserción. Se trata, entre otros factores de no menor interés, que la extensión del presente trabajo no permite abordar, de la estructura, alimentación, higiene y sanidad de nuestras cárceles.

Cualquier aproximación a estas realidades —y a las demás que conforman la vida penitenciaria— requiere a mi juicio reconocer, por ser de justicia, el esfuerzo realizado por los poderes públicos desde el año 1978 por afrontar la deficientísima estructura penitenciaria heredada, y así: amplias inversiones en la construcción de nuevos centros penitenciarios, para cuya efectiva ubicación deben vencerse, a veces, serias resistencias sociales —¿o antisociales?—; frecuente remodelación de centros antiguos para adecuarlos a las exigencias de la Ley Orgánica General Penitenciaria; importante aumento del número de funcionarios tanto de vigilancia como de tratamiento —la plantilla ha sido más que duplicada en los últimos años—; racionalización del programa de inversiones en la construcción de nuevos centros de forma que el dinero público asignado a la Administración penitenciaria se destina a mejorar el servicio público penitenciario exclusivamente no siendo ya parcialmente aplicado a la construcción de viviendas funcionariales con los servicios adicionales que ello conlleva en la práctica (campos deportivos, piscinas, etc.)... Y, lo que es más importante, la preocupación por el tratamiento penitenciario con el cambio cualitativo y de sensibilidad que ello implica.

\* Continúan, sin embargo, existiendo importantes carencias en la infraestructura penitenciaria que requieren que este esfuerzo continúe: algunos centros todavía proceden del siglo pasado o primeros del presente, otros están situados en pleno casco urbano, incluso alguno es adaptación de inmuebles que fueron construidos con otra finalidad; algunas cárceles continúan estructuradas en brigadas —grandes dormitorios colectivos— donde conviven masificados un excesivo número de internos en condiciones que impiden el respeto a la intimidad del recluso, sin contar con adecuados sistemas de iluminación y ventilación.

\* En algunos centros existen todavía carencias alimentarias que requieren no sólo un aumento de las cantidades presupuestarias destinadas a este concepto, sino también la creciente adquisición de recipientes isotérmicos que permitan mantener caliente la comida de los internos mientras se transporta desde las cocinas hasta los comedores o las celdas (hasta el año 1984 no se había realizado inversión alguna en este concepto y actualmente sólo 29 centros disponen de este sistema de transporte de la comida que evita que ésta llegue fría a los internos; tampoco hasta este año existía cocinero profesional en ningún establecimiento...).

\* En otros, las condiciones higiénicas no son las más adecuadas y no siempre ello depende de la antigüedad de su estructura, sino de su régimen de organización interna, esto es, del sistema de control sobre la distribución y utilización del material de limpieza proporcionado por la Administración a los internos.

\* La situación sanitaria en nuestras cárceles no

es tampoco plenamente satisfactoria. Las carencias que todavía existen en materia alimentaria y de higiene repercuten directamente en el estado sanitario en las prisiones.

Debe no obstante tenerse en cuenta que la gran mayoría de la población reclusa, con anterioridad a su ingreso en prisión ha padecido unas condiciones sanitarias deficientes, circunstancias ésta que su ingreso en prisión no hace sino agravar. Pero siendo ello un factor extrapenitenciario directamente determinante de algunas deficiencias sanitarias en nuestras cárceles, existen otras que traen causa de defectos objetivos del sistema sanitario penitenciario o son reflejo de carencias más generales que se detectan en el sistema sanitario público extrapenitenciario.

La complejidad de la sanidad penitenciaria —que debe afrontar cuestiones aún no plenamente resueltas en la esfera extrapenitenciaria, como son el tratamiento de las enfermedades infecto-contagiosas o de las toxicomanías— requiere que su adecuada programación y prestación no esté atribuida, como un compartimento cerrado, a la Administración penitenciaria en exclusiva, sino, de forma conjunta o coordinada con el sistema sanitario general.

Este objetivo es el que se pretende conseguir mediante el desarrollo de la Disposición Final Segunda de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad que se encuentra todavía pendiente.

Hasta el momento, el Hospital General Penitenciario presenta graves carencias en cuanto a recursos personales, materiales, organizativos y técnicos que lo alejan del concepto de Hospital previsto en la Ley General de Sanidad.

En cuanto a la asistencia sanitaria de los presos en hospitales extrapenitenciarios, recientemente se ha dictado una norma reglamentaria elaborada por los Departamentos de Justicia, Interior y Sanidad y Consumo (Real Decreto 319/1988, de 30 de marzo), que va a permitir, cuando sea efectivamente aplicada, una prestación de esta asistencia más respetuosa con la dignidad de los internos y con su condición de enfermos: la habilitación en los Hospitales ordinarios de locales específicamente adecuados para recibir a la población penitenciaria enferma evitará que, en muchos casos, los presos permanezcan esposados a las camas a pesar de su enfermedad.

\* Dentro de esta breve panorámica sobre algunos aspectos de nuestra situación penitenciaria hay también otras cuestiones de interés como la del trabajo en el interior de las prisiones.

Salvo algunas excepciones en las que existe un auténtico programa de trabajos bien planificado, en la mayoría de las cárceles sólo se encuentran previstas con carácter disperso, sin apenas programación y sólo para un escaso número de internos, mínimas actividades ocupacionales consideradas únicamente como factor de tratamiento penitenciario y

no como un auténtico trabajo productivo y remunerado con la correspondiente protección en materia de seguridad social tal y como se menciona en el artículo 25.2 de la Constitución.

Sin perjuicio de que ello pueda considerarse como una de las consecuencias de la generalizada crisis económicas y de las conocidas deficiencias en la organización interna del trabajo penitenciario, como son la existencia en alguna cárcel nueva de adecuadas instalaciones de maquinaria y de espacio que están infrutilizadas o sin entrar en funcionamiento.

\* Es, quizá, en materia de acceso a la cultura y a la educación —también mencionada expresamente en el artículo 25.2 C.E.— donde el avance ha sido más apreciable, sin que sea necesario hacer hincapié en la importancia de estas parcelas en la vida penitenciaria.

El esfuerzo realizado para conseguir una adecuada programación de las actividades culturales, educativas o deportivas, no parece haber alcanzado, sin embargo, la misma intensidad en los centros de hombres que en los de mujeres, para las que estas actividades son todavía escasas y de contenido diverso a las programadas para los centros de hombres.

\* Pero este rápido repaso sobre el interior de nuestras prisiones —en el que muchas cuestiones han quedado en el tintero— no puede hacernos olvidar importantes factores jurídicos extrapenitenciarios con repercusión directa en cualquier sistema penitenciario.

No puede negarse la clara incidencia que en la situación de las cárceles producen el contenido de las leyes penales, el grado de cumplimiento de ciertas garantías del proceso penal como el derecho fundamental a la defensa, el funcionamiento del servicio público prestado por los órganos de la jurisdicción penal, el eficaz desenvolvimiento de los mecanismos de control extrapenitenciarios de la ejecución de la pena...

Sin pretender, lógicamente, llevar a cabo en estas líneas un análisis dogmático de todas estas cuestiones, de gran complejidad cada una de ellas en sí mismas, sí puede resultar apropiado a las características de este trabajo esbozar algunas de sus concretas repercusiones en la situación penitenciaria.

— En cuanto al contenido de las leyes penales, se ha destacado ya reiteradamente por estudiosos y prácticos del Derecho Penal la insuficiencia de la legislación española vigente en materia de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad.

Es conocido el profundo y universal proceso de crítica a que dichas penas, y fundamentalmente las cortas, está sometido. El movimiento de humanización de la pena privativa de libertad que surge después de la Segunda Guerra Mundial no ha conseguido paliar estas críticas. Es cierto que estos principios de humanización y de respeto a la dignidad

humana en relación con la ejecución de las penas privativas de libertad inspiran las legislaciones de los países democráticos y también la nuestra de una forma incluso más avanzada. La realidad de los sistemas penitenciarios es, sin embargo, radicalmente diferente y sustenta, entre otros factores, este escepticismo hacia las penas cortas de prisión.

— El grado de cumplimiento de algunas garantías constitucionales del proceso penal y, en concreto, la interpretación que se realice del ejercicio del derecho fundamental a la defensa en el proceso penal, también incide de forma directa en la situación de las cárceles.

La situación de internamiento en un establecimiento penitenciario estando sometido a un proceso penal que se desarrolla fuera del mismo y que tiende a dilucidar sobre la comisión de un delito y su participación en él de un ciudadano privado de libertad y la imposición de una pena, requiere por su extrema gravedad establecer los mecanismos adecuados para que quede garantizado, en todo caso, y con la mayor efectividad el derecho a la defensa del inculcado en el proceso penal; así lo exige el principio constitucional de contradicción.

Este derecho fundamental debe ser garantizado, como derecho irrenunciable, desde que el proceso penal se inicia hasta su terminación, debiendo permanecer mientras tanto el mismo letrado de oficio, en su caso, designado.

Dado que el proceso penal no concluye cuando se dicta sentencia, pues durante la fase de ejecución de una sentencia penal condenatoria a pena privativa de libertad pueden plantearse determinadas vicisitudes procesales que deben ser resueltas por el Tribunal Sentenciador, con audiencia del reo y con posibilidad de recurrir por parte de éste (así, artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), a estas situaciones les deben ser también de aplicación las garantías constitucionales del proceso entre las que se encuentra el derecho a la defensa con el alcance expuesto.

Todo ello, incidiría, además, favorablemente sobre la falta de información que todavía aqueja a los presos sobre su situación procesal previa o posterior a la sentencia firme condenatoria a pena privativa de libertad.

— En cuanto al funcionamiento del servicio público judicial, la situación de colapso en que se encuentra algunos órganos de la jurisdicción penal unida a los actuales períodos máximos de duración de la prisión preventiva previstos en la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre, son también factores con incidencia directa en el todavía elevado número de presos preventivos y determinantes en buena medida de la actual masificación de los establecimientos penitenciarios en general y, en particular, de los grandes centros de preventivos.

Por otra parte, la excesiva duración de la situación de preso preventivo incide directamente, retra-

sándolas, en las tareas de clasificación y tratamiento penitenciarios.

— En cuanto a los factores extrapenitenciarios de control de la ejecución de la pena, destaca, en primer término la figura del Juez de Vigilancia al que la vigente legislación reconoce especial trascendencia como medio técnico y jurídico más idóneo para conseguir la efectiva aplicación del principio de legalidad en la ejecución de la pena y como eficaz control jurisdiccional sobre la Administración penitenciaria a la que fiscaliza, garantizando la adecuada protección de los derechos de los internos.

La eficacia de esta figura puede, sin embargo, disminuir notablemente si persiste la actual situación funcional de estos jueces, la mayoría de los cuales deben compatibilizar estas funciones específicas con el ejercicio de la jurisdicción ordinaria que igualmente tienen atribuida.

— No puede, por último, dejar de hacerse referencia a la importante labor que puede desempeñar también dentro de los centros penitenciarios el Ministerio Fiscal y los Colegios de Abogados.

El Ministerio Fiscal al amparo del artículo 4 párrafo 2 de su Estatuto Orgánico, atendiendo las quejas de los internos en lo relativo a su situación procesal o penitenciaria, siempre en consonancia con las funciones constitucionales y legales del Ministerio Público.

Los Colegios de Abogados, entre otras cuestiones, impulsando la creación de turnos de oficio que permitan asesorar y asistir a los internos en determinados aspectos de la vida penitenciaria, como el procedimiento sancionador, posibilidad esta admisible a la luz de la Constitución y de la interpretación que de la misma ha efectuado el Tribunal Constitucional (sentencia de 21 de enero de 1987 dictada en los recursos de amparo 940 y 949/85, acumulados).

\* Si algo hubiera de destacarse brevemente a modo de conclusiones sería, de un lado, la necesidad de afrontar la compleja realidad penitenciaria española mediante un sistema de colaboración entre los distintos departamentos ministeriales y administraciones autonómicas. Efectivamente, la administración penitenciaria no puede afrontar, por sí sola, la gran variedad de prestaciones que debe resolver: educación y enseñanza; cultura y deportes;

sanidad, en sus más variados aspectos que incluyen desde la enfermedad mental o el tratamiento para drogodependientes, a las enfermedades infectocontagiosas; servicios de asistencia social; política de empleo...

Esta colaboración entre las distintas administraciones sectorialmente competentes, cada una desde su óptica, se hace, pues, imprescindible. Si el Estado social es por definición un activo gestor y participe de los procesos y cambios sociales, asumiendo por ello la meta —¿o utopía?— de la resocialización, su intervención en la realidad penitenciaria debe abarcar, coordinadamente, sus múltiples y variadas facetas.

Pero de otro lado, es igualmente conveniente mantener una actitud constante de profundización en los valores propios de las sociedades democráticas y pluralistas avanzadas, constitucionalmente protegidos, por parte de todos los sectores cuya actuación incide en la administración penitenciaria; nos referimos no sólo a los funcionarios penitenciarios, sino también a jueces, fiscales, abogados...

Esta tarea de profundización en la efectividad de los principios constitucionales —que el Texto Fundamental exige (artículo 9.2)— requiere igualmente profundas reformas en la legislación penal, ya aludidas, que configuren una intervención del Derecho Penal lo menos amplia y extensa posible y, por otra parte, recojan adecuadamente la relación de proporcionalidad que debe existir entre la gravedad del delito y la capacidad de delinquir del culpable, por un lado, y, por otro, la especie y cantidad de pena, mediante el establecimiento, entre otras medidas, de un completo abanico de alternativas a la prisión, frecuentes, por lo demás, en las legislaciones europeas.

Al comienzo de estas líneas señalábamos como uno de los principios inspiradores de nuestra legislación penitenciaria, la ejecución humanitaria de la pena privativa de libertad. Cualquier avance en este sentido es, pues, una exigencia inexcusable. Ahora bien, aun si se rechazan las teorías monocausales de la criminalidad, un sistema de actuación de los poderes públicos que avance exclusivamente en este campo, sin tener en cuenta las estructuras socio-económicas, no puede considerarse de recibo.

# Tutela judicial y delitos económicos

Javier RAMOS TORRE

## 1. INTRODUCCION

Opinar y hacer comentarios sobre la justicia, parece ser, hoy en día, una práctica ampliamente extendida.

Fenómeno que contrasta fuertemente con lo que sucedía en el pasado inmediato en donde, cualquier comentario explícito sobre su funcionamiento, siempre y cuando fuese minimamente crítico, otorgaba a su autor la casi certeza de ser perseguido por un delito de opinión.

Aprovecho esta situación para ofrecer un comentario acerca de la tutela judicial sobre el código de disciplina de las unidades económicas no sin antes resaltar su posible unilateralidad, producto tanto de la formación recibida —economista— como de la experiencia profesional acumulada dentro de este ámbito (ex-miembro de un gabinete técnico sindical y, posteriormente, interventor en procedimiento concursales).

La realidad es siempre compleja, por lo cual resulta imprescindible hacer una acotación adicional al objetivo enunciado en el sentido de que el artículo girará exclusivamente, en torno a la identificación de procesos. No es pues un análisis causal sino un señalamiento de tendencias.

Previo a su identificación, es necesario abordar una cuestión sobre la que va a girar todo el artículo: la utilización del tiempo.

Parece fuera de discusión que cualquier asociación, agrupación o institución define tanto internamente (entre sus miembros) como externamente (hacia el resto de la sociedad) una determinada utilización del tiempo, creando un ritmo propio, un tono vital, que por conveniencia, se puede denominar «tempo».

Este será diferente, en función de sus objetivos perseguidos por cada agrupación, asociación, etc., de su permeabilidad hacia el resto de la sociedad y, por último, de la existencia o no de una normativa de referencia.

De esta forma, entrando ya en materia, la administración de justicia que está presidida por el principio de certeza de la cosa juzgada, tradicionalmente ha sido poco permeable a los cambios sociales y, en el área objeto de análisis, una parte significativa de la normativa es centenaria.

En cambio, en los agentes económicos, el principio es el de la incertidumbre, hay una gran capacidad de adaptación a los cambios y, la normativa de referencia siempre nace con posterioridad a los hechos.

Con tales características es claro que el «tempo»

judicial no puede ser el mismo que el de los agentes económicos. El problema surge, de hecho es lo que está ocurriendo, cuando la diferencia en los plazos de respuesta se dilata más allá de los límites aceptables.

Para ilustrar este punto, es preciso reconocer, que la dilación es una estrategia accesible a las partes en la mayoría de los expedientes judiciales. En definitiva, el «tempo» procesal decimonónico es todavía un objetivo a conseguir.

Por contra, en las relaciones económicas, se puede observar un vertiginoso desarrollo de la tecnología vinculada con el tratamiento y transmisión de la información (en definitiva, la mejor arma para combatir la incertidumbre es la información).

El tejido económico no es homogéneo y, en tal sentido, es constatable la coexistencia de actividades económicas que precisan utilizar la información a «tiempo real» con otras actividades, como las artesanas, en las cuales esta variable es de escaso valor. La existencia de este amplio abanico, no impide considerar, como hipótesis de partida, que para la mayoría de las unidades económicas, su supervivencia, está vinculada al acortamiento de los plazos de respuesta.

En definitiva desde la promulgación de la normativa es observable un fenómeno consistente en el estancamiento del «tempo» judicial con una constante disminución del requerido por los agentes económicos.

Para finalizar, es conveniente hacer referencia a dos extremos significativos que deben ser tenidos en cuenta en cualquier aproximación al objeto del artículo:

- \* Inadecuación de los criterios y principios contables a los requerimientos de una sociedad capitalista avanzada. Para ilustrar este punto, bastan las siguientes observaciones: se han dado casos de empresas que inmediatamente después de ser auditadas, en principio la quintaesencia del control sobre la fidelidad de los estados financieros, sin que se hubiesen señalado ninguna observación sobre los mismos, se sumergieron en profundas crisis económicas. La causa radica en las altas dosis interpretativas de nuestros no tan antiguos principios contables. Aunque nuestra integración en la CEE lleve aparejado un cambio en las funciones de los registros públicos y en la calidad y periodicidad de la información contable, todavía queda un campo abonado para que la contabilidad en vez de una técnica sea un ritual

mágico. El absurdo alcanza a que, en la actualidad, haya dos contabilidades una de acuerdo con los difusos principios contables y otra para cubrir las exigencias fiscales (exigencias por otra parte cambiantes a tenor de lo dispuesto en los presupuestos generales del estado).

- \* Con cierto retraso, como en tantas otras cosas, se ha producido un gran desarrollo del sector financiero, entendido en contraposición con la economía «real» vinculada a la producción de bienes y servicios. Dos puntualizaciones al caso; la primera la «inmaterialidad» de una buena parte de las operaciones que se realizan en este sector. Las anotaciones en cuenta, los apuntes electrónicos son los nuevos soportes documentales, difíciles de seguir y fiscalizar. La segunda la velocidad, con que se opera y se casan operaciones en un mercado, geográficamente muy amplio favorecido por la sustitución del dinero físico por el electrónico.

Llegado a este punto, enumero cuales son, a mi juicio, los tres procesos que identifican la tutela judicial sobre el código de conducta de las unidades económicas: Residualidad, Segmentación y Neoliberalismo.

## 2.1. Residualidad

Entiendo que la tutela judicial sobre los actos de naturaleza económica tiene una tendencia a abarcar delitos de naturaleza patrimonial, documentalmente soportados en viejos instrumentos o supuestos jurídicos tipificados hace muchos años que, sin negar su importancia, cada vez ocupan un lugar menos relevante dentro del código de conducta de las unidades económicas. Proceso que puede definirse como de residualidad.

Dos principales vías de agua para rehuir la tutela judicial:

- A) La Administración está sustituyendo a los tribunales en la labor de vigilancia sobre prácticas, no ortodoxas, en un número siempre creciente de áreas económicas, siendo su paradigma el sector financiero. Una sustitución justificada en principio en base a los plazos de respuesta. Un ejemplo clarifica la cuestión suscitada: para un intermediario financiero un plan quinquenal es una semana, aproximadamente el mismo plazo que el requerido para proveer un escrito.

El pragmatismo consustancial con la Administración, se manifiesta en un continuo recabar competencias que, en origen, le eran ajenas. Ahora bien, en este proceso sustitutorio, se ha perdido por el camino, la exigencia de responsabilidades. Probablemente todos tenga-

mos en mente más de un ejemplo en el que la irrupción administrativa, más o menos desafortunada, ha tenido como secuela más reseñable, la total ausencia de responsabilidad. Abundando en el tema, la sustitución tampoco significa que el nuevo controlador actúe con la agilidad precisa para que su labor sea efectiva. Más bien, su función es fijar las reglas del juego hasta que la realidad, su uso interpretativo, las desnaturaliza. Entonces nuevas reglas sustituyen a las anteriores, hasta que, a su vez, pierdan la efectividad. El plazo que media entre la constatación de la obsolescencia y la voluntad de corregirlas, define la factura que se paga.

- B) Una segunda vía tiene su denominador común en el «tempo» judicial. Se omite cualquier referencia causal, limitando este apartado al señalamiento de tres ejemplos clarificadores:

El primero es el extraordinario florecimiento de lo que pomposamente se ha llamado pactos extrajudiciales (en realidad componendas surgidas a partir de una determinada correlación de fuerzas, en la cual, el disfrute —uso— de los generosos plazos procesales en estrategias dilatorias por una de las partes, es su factor determinante). El segundo, la impunidad con la que opera la economía sumergida que no hay que olvidar que su razón de existencia es el incumplimiento de los estándares legales. En tercer lugar, la proliferación de usos mercantiles foráneos desconocidos en nuestro ordenamiento, tremendamente versátiles y, con frecuencia, contradictorios con nuestra normativa.

Los tres ejemplos citados posiblemente apunten tan sólo a la parte visible de un iceberg; la existencia de códigos de disciplina paralelos.

## 2.2. Segmentación

La doble moral es una constante en las sociedades burguesas pero, quizá, en estos momentos, el término, refleje insatisfactoriamente la amplitud del problema.

Si mediante un diagrama en el que se asignara a cada uno de sus ejes las variables control y responsabilidad, reflejáramos la tutela judicial ante la ortodoxia de los actos de naturaleza económica, indudablemente aparecería una nube de puntos que representan otras tantas posiciones de la justicia con respecto a dichos actos.

Este hecho, la difuminación, la nube de puntos, entiendo supera a la dicotomía usualmente asociada a la doble moral, en realidad cabe hablar de la segmentación de la tutela judicial. De esta forma, es

posible hablar de «pactos de caballeros», «pactos de silencio», «acuerdos extrajudiciales», «justicia catalana» y, hasta incluso, del «peso de la Ley», su estricta aplicación.

En otro ámbito, el de la tutela administrativa, el mismo fenómeno se aprecia bajo un concepto diferente: la arbitrariedad. De sus muchas manifestaciones, cabe destacar las siguientes: la aplicación selectiva de entre el marasmo (la mayoría de las veces contradictorio) de normas que regulan un acto, las disposiciones que vulneran el principio de jerarquía e, incluso, el de legalidad, de tal forma, que órdenes ministeriales que sustituyen a leyes, interpretaciones más allá del límite crean nuevas obligaciones.

El «tempo», en los dos ámbitos señalados, es el caldo de cultivo idóneo para reproducir la situación expuesta.

### 2.3. Neoliberalismo

Aparentemente es contradictorio definir un proceso de esta característica cuando es evidente que el Estado es el primer agente económico tanto a resultas de su actividad directa como por aquella que delega.

Tampoco parece tener sentido cuando en justa correspondencia con su papel hegemónico en el mundo económico, tal como se apuntó, la Administración interviene acaparando (rara vez renunciando) competencias en el control y disciplina de las unidades económicas. Es más, voces se han alzado, desde muy diversos puntos de vista, ante el dismantelamiento del viejo orden de la separación de poderes.

Cabría la posibilidad de considerar precisamente la antítesis: estamos ante un proceso intervencionista. Ahora bien ¿son incompatibles? Si se admite que la eficacia es el objetivo perseguido por toda administración, no parece que haya incompatibilidad, al menos desde esta vertiente. En definitiva, la eficacia será mayor (para asumir, regular, delegar, etc.) cuanto menores sean los controles a los que se esté sometido.

Eficacia y equidad mantienen una convivencia difícil, pero esa es otra cuestión.

La normativa que regula el código de disciplina de las unidades económicas es hija de otros tiempos, está imbuida de una ideología que el cuerpo social ha superado. Si utilizando la Ley, se aplican controles con unos plazos temporales muy superiores a los utilizados por las unidades económicas a quienes se pretende controlar, dichos controles, no cumplirán su misión, sino que, por el contrario, reforzarán los principios librecambistas que rezuma nuestra legislación mercantil.

La combinación de un Estado interventor fundamentalmente arbitrario en sus decisiones y la dificul-

tad para aplicar los débiles controles legales a los que en teoría están sujetos los agentes económicos, puede considerarse como Neoliberalismo.

### 3. JURISDICCION LABORAL

Desde la llegada de la democracia ha habido una febril actividad legislativa y administrativa en la Jurisdicción laboral. La normativa ha sido modificada en sucesivas ocasiones manteniendo un mismo hilo conductor: la flexibilización del mercado de trabajo. De igual forma, las actuaciones en esta jurisdicción por parte del administrador de turno, puede ser considerada como un atributo más de su política coyuntural.

Al menos en términos comparativos puede sorprender la actividad legislativa y administrativa desarrollada en esta parcela con la ausencia de actividad en lo referente al código de conducta de las unidades económicas. Podría pensarse que éstas segundas han alcanzado el nirvana o, también, que la salud económica es una cuestión de relaciones laborales. Por demás las características apuntadas en el apartado anterior son válidas, prácticamente, sin reservas para esta jurisdicción. Así, las Magistraturas, cada vez con más frecuencia, son relegadas a la tutela de unos derechos que afectan a una parte, cada vez más pequeña de los trabajadores (aquéllos que tienen contrato fijo), los plazos de tramitación, sensiblemente superiores a las modalidades actuales de contratación temporal, hacen que su utilización sea sólo un requisito formal para alcanzar otras metas (por ejemplo el derecho al subsidio de paro). Por otra parte los tres procesos identificados son plenamente válidos en esta jurisdicción: Residualidad (sólo una parte de la población trabajadora tiene como referencia el Estatuto de los Trabajadores). Segmentación (multiplicidad de relaciones contractuales cuyo extremo inferior es la ilegalidad). Neoliberalismo (precariedad contractual), en un mercado como el del trabajo en el que las amañadas estadísticas oficiales señalan tres millones de parados con una cobertura muy reducida.

### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Cualquier medida que se adopte, deberá tener como objetivo el acortamiento del plazo de respuesta judicial. Ahora bien, se puede caer en la tentación de utilizar medidas de corte taylorista consistentes en aumentar la productividad, cuyo estimador, no sería otro que el número de expedientes resueltos por cada unidad judicial.

En este sentido, y con las necesarias cautelas a la hora de trasladar conclusiones, una revisión crítica de los resultados obtenidos a partir de los planes de reestructuración, viabilidad, reconversión, etc.,

pondría énfasis en destacar la ineficacia (con respecto a su cumplimiento y con respecto a la consecución de los objetivos) de aquellos acuerdos basados exclusivamente en incrementos de la productividad, incluyendo en el mismo epígrafe tanto los provenientes de variaciones en la organización científica del trabajo como, los derivadas de la incorporación de tecnología.

No significa que no sean importantes, simplemente que no son exclusivas y si esto es cierto entre los agentes económicos que tienen necesidad de adaptarse continuamente a una realidad cambiante, tanto más lo será, cuando se aplica sobre un organismo en el que el tiempo se ha «inmovilizado».

Es por ello que este tipo de medidas deben ir acompañadas por una redefinición de escenarios, por ejemplo, los siguientes:

- A) Una estructura organizativa diseñada para una sociedad en los albores del capitalismo puede ser ineficaz si se aplica sobre una sociedad postindustrial. Territorialidad, especialización, equipos pluridisciplinarios, descentralización, etc., son conceptos a desarrollar.
- B) La sociedad civil tiene que asumir cuotas de responsabilidad: instancia intermedias deben dirimir conflictos funcionando de la forma de filtros en los Juzgados y participando en la administración de la Justicia.
- C) Necesidad de un cambio legislativo tanto en los procedimientos como en la normativa que regula los actos de naturaleza económica.

Para finalizar, enunció un posible debate. ¿Qué se entiende por economía social de mercado? La denominación, al menos, es prometedora.

# DOSSIER: JUSTICIA DE MENORES

---

## La innovación en los sistemas de la justicia de menores en Europa: necesidad de nuevas formas de garantía

Gaetano DE LEO

En Europa, durante las últimas décadas, se han propuesto diversos modelos de solución al problema de los menores, en los repetidos intentos promovidos con objeto de hacer más equilibrada la relación entre la idea-guía de la tutela de los derechos de aquéllos y los resultados prácticos, subjetivos y sociales, que los sistemas de justicia de menores producen, no obstante las mejores intenciones. Cabe registrar indudables cambios y progresos, a los que me referiré en este escrito, pero el nudo problemático de base de la cuestión permanece tenazmente activo y continúa suscitando desafíos y contradicciones. Se trata de una especie de paradoja que, en términos muy simples, puede exponerse de este modo: puesto que la menor edad, como condición social y jurídica, no tiene una representación directa de los propios derechos e intereses, las políticas sociales y la atención jurídica, no tiene una representación directa de los propios derechos e intereses, las políticas sociales y la atención jurídica a favor de estos sujetos son necesariamente mediadas, filtradas por otros sujetos sociales. Así puede suceder que el aumento de atención y la innovación en el campo de los derechos de los menores, lleve como consecuencia inevitable un aumento de los sujetos sociales (jueces y juristas, trabajadores sociales de diverso tipo) que median, seleccionan e interpretan los nuevos derechos del menor. Esto a menudo provoca efectos de atenuación, de «confusión» de las garantías formales y la certeza de la relación entre los menores y sus derechos.

Es verdad que se puede intervenir incluso a través de la innovación jurídica —con otras leyes y nuevos derechos— pero es probable (y con frecuencia predecible) que ello suponga una subsiguiente ampliación del campo de los sujetos que median e interpretan los derechos. De ahí que la cuestión de las garantías se convierta cada vez de forma más decisiva en una variable que depende, más que de las

leyes en sí mismas, de la cualidad del trabajo de tales sujetos mediadores, de sus competencias, y de los controles técnicos, sociales, jurídicos que pasan sobre su actividad. Las garantías tienden por tanto a desplazarse del plano del reconocimiento formal de los derechos, al de los procesos aplicativos, cognoscitivos, decisionales, ejecutivos, sociales.

En la actual fase histórica, en Europa, es preciso afrontar este problema. Es obvio que carece de sentido pensar en una vuelta atrás o en contener la innovación en el campo jurídico. La relación menores-familia-instituciones ha cambiado de manera irreversible, y no puede pensarse que la ley y las instituciones sociales vayan a retirarse de un área en el que por consiguiente ya no va a ser posible replantear una relación exclusiva menor-familia. Se trata por el contrario de buscar soluciones que permitan, de una parte proseguir en el camino de la afirmación legislativa de los derechos de los menores, en una sociedad que exhibe continuamente viejas y nuevas formas de amenaza y provocación en tal sentido, y por otro lado redoblar el esfuerzo en el plano de las garantías procesales, cognoscitivas, aplicativos.

Querría detenerme en este aspecto, que permite tanto analizar algunas estrategias para hacer frente al progresivo y peligroso aumento de la complejidad de los sistemas de la justicia de menores, como, por esa vía, evaluar algunos modelos de la misma que se están afirmando en Europa, y en particular en países como España e Italia.

El riesgo de atenuación de las garantías, que hemos visto es típico y estructural en los modernos sistemas de justicia para menores (más derechos = más mediación = más riesgos de incertidumbre, incoherencia, arbitrio operativo para sujetos que no pueden actuar directamente en favor de sus propios intereses) debería ser afrontado al menos a distintos niveles relevantes:

A) En el campo de los procedimientos judiciales, con un control y un seguimiento continuo de las decisiones, las sentencias, con el fin de valorar lo que en criminología se conoce por *sentencing* (de Leo, 1987), es decir determinar a que variables aparecen ligadas las diferencias que se dan en las decisiones judiciales en la presencia de configuraciones jurídicas similares (el ejemplo más simple es el del mismo delito ejecutado por sujetos de la misma edad, que recibe respuestas penales diversas). Estos controles tendrían que llevarse a cabo desde dentro de la propia magistratura, puesto que la independencia de esta institución es una garantía fundamental.

B) En el ámbito de los procesos técnico-operativos de conocimiento de las situaciones particulares que entran en relación con la justicia de menores (responsabilidad, estados de necesidad, de desamparo, de riesgo, condiciones sociales y psicológicas) que preparan, llenan de contenido y sirven de soporte a las decisiones judiciales. Aquí el objetivo es encontrar garantías contra la frecuente arbitrariedad de los correspondientes modos de actuación, y el amplio espectro de diferenciaciones ligadas no a la diversidad de las situaciones tenidas en cuenta sino a la diversidad de los modelos de conocimiento, a menudo ideológicos o propuestos sin el menor control científico. La búsqueda de garantías pasa aquí a través del incremento de la competencia profesional, de la verificabilidad de los procesos de conocimiento, del modo en que se lleva cabo la formación y la supervisión de los operadores. La garantía de certeza que representa la adquisición de conocimientos no puede considerarse como expresión automática y directa de los roles institucionales, sino como resultado de procesos intersubjetivos, interprofesionales, intersistemáticos en permanente verificación.

C) El mismo planteamiento vale para el nivel técnico-operativo ligado a la producción de las intervenciones de colocación ambiental, comunitaria, institucional y de tratamiento. Hoy sabemos que las expectativas y las percepciones en orden a los recursos de colocación y de tratamiento existentes retroactúan sobre las decisiones judiciales al extremo de condicionarla a menudo más que los propios conocimientos relativos al sujeto, a su responsabilidad, a sus condiciones socio-ambientales. Es por consiguiente de fundamental importancia incrementar las garantías sobre la cualidad, la eficacia, los resultados de las colocaciones y de las intervenciones de tratamiento. Esto puede procurarse tanto a través del establecimiento de «reglas mínimas» públicas y verificables sobre los requisitos de las colocaciones (comunidades de acogida, hogares, acogimiento familiar, instituciones, etc.), como mediante tareas de evaluación y control de las intervenciones y de los tratamientos.

Una garantía cuya necesidad se siente cada vez con mayor fuerza es la de la integración, la coordi-

nación entre operadores y servicios sociales, judiciales y otros centros de decisión, puesto que las disfunciones a estos niveles producen como consecuencia confusión e inhibiciones en los niveles operativos y decisionales de los sujetos implicados.

D) Un objetivo de mayor alcance es el de modernizar y hacer más flexible y homogénea la cultura sobre la infancia y la adolescencia, la cultura sobre la justicia de menores. En efecto, los progresos de orden legislativo, aun cuando se vieran acompañados de las precisas garantías en el plano aplicativo y en el que se producen los diversos tipos de intervención, podrían resultar frustrados en sus efectos sociales e individuales si la opinión pública, la gente, el sentido común, se mantuvieran lejanos, hostiles o reactivos a aquellos cambios. En Italia, es bien sabido, leyes importantes de contenido innovador, como la psiquiátrica, tuvieron efectos problemáticos que les pusieron al borde del fracaso, no sólo por las carencias aplicativas y técnicas, sino también por la distancia existente entre el sustrato cultural que había servido de fondo a la ley y la cultura de masas sobre el problema concreto, en este caso sobre la enfermedad mental y los modos de afrontarla. Una nueva cultura de la infancia, de la adolescencia y de la justicia de menores no constituye solamente un trabajo fundamental de prevención en tal sentido, sino un requisito de base para garantizar la continuidad necesaria entre los cambios legislativos, las transformaciones operativas e institucionales y la modificación en las actitudes y las respuestas de la sociedad civil.

Es evidente que las soluciones para hacer frente a los riesgos derivados del aumento de la complejidad de los sistemas de justicia de menores, son a su vez notablemente complejas. Pero, en este como en otros campos, las simplificaciones pertenecen al pasado y sólo permanecen como peligrosos residuos nostálgicos del mismo, de la época en que no existía más que una forma de intervención en relación con los menores: la institucionalización utilizada de modo indiferenciado para acometer los problemas de asistencia, inadaptación y transgresión de las leyes penales. Por el contrario, desde hace varias décadas, se trabaja en una perspectiva que apunta hacia la marcada diversificación entre tales niveles. Los problemas asistenciales y de tutela civil tienen un carácter difuso y generalizado y deben ser rigurosamente mantenidos en el ámbito de la comunidad de origen: la intervención jurídica puede ser aquí útil únicamente como instancia externa que ofrece garantías a un sujeto —el menor— que no puede hacer valer directamente sus intereses, sobre todo en presencia de intensos conflictos en el ámbito familiar o entre los operadores sociales.

Acerca del problema de la inadaptación no existe en Europa una homogeneidad de perspectivas. En la mayor parte de los países (entre ellos Inglaterra, Alemania Federal, España) se trabaja en la materia

en términos de prevención secundaria respecto a la delincuencia de menores. A menudo se trata de modos de actuación quizá avanzados y sofisticados, en los cuales la importancia de la comunidad local resulta seriamente tenida en cuenta, pero el hecho de que la inadaptación aparezca considerada en sí misma sólo como una categoría que comporta alto riesgo de reincidencia, confiere a este sector características reeducativas más que socializadoras y conlleva por lo general una elevada tasa de institucionalización. En Italia, a partir de 1978, se ha intentado una vía diversa, la que pasa por considerar la inadaptación como un problema de socialización y de asistencia, sin crear una diferenciación respecto de las intervenciones socio-asistenciales de primer nivel. No han faltado problemas y dificultades de distinta índole, pero aunque trabajosamente van surgiendo acciones comunitarias más adecuadas, y en todo caso se ha producido un continuo descenso de las institucionalizaciones y de las medidas penales de privación de libertad.

Sigue vigente en fin el problema de la intervención penal sobre los menores, a propósito de la cual cabe constatar todavía un sensible nivel de heterogeneidad entre los diversos países europeos. Sin embargo, en el plano de las filosofías y de los objetivos afirmados en los organismos comunitarios (tal es el caso del Consejo de Europa, 1987), comienza a perfilarse una notable convergencia sobre cuestiones de fondo que trataré de apuntar.

1. El objetivo que tiende a guiar y a organizar todos los otros es quizá reducir progresivamente al mínimo la necesidad del derecho y la intervención penales para los menores (aunque no sólo para los menores). Esta cuestión, de gran relevancia teórica (Ferrajoli, 1985), puede ser entendida tanto en el sentido de la descriminalización (excluir del derecho penal sustancial tipologías de comportamiento transgresivo y problemático), como en el sentido de la despenalización (excluir de la intervención penal directa y reforzada comportamientos relevantes para el derecho penal). La razón de fondo que informa esta perspectiva es tratar de evitar en lo posible que los problemas sociales devengan problemas criminales y penales, con objeto de procurar que los mismos resulten afrontados, como tales problemas sociales, en los contextos en que se producen. El criterio minimalista, que se opone críticamente al abolicionista (Hulsman, 1983); (Christie, 1985) propone precisamente, según un criterio histórico-social, que pueda reducirse el derecho y la intervención penal al nivel mínimo posible en relación al desarrollo —en sentido cultural e institucional— de la capacidad de la sociedad civil para hacer frente directamente a los comportamientos transgresores, de desviación, de conflicto, manteniendo por tanto para el derecho penal la función residual de garantía.

En el campo que nos ocupa, esta perspectiva busca tratar de favorecer desplazamientos del dere-

cho/intervención penal a los campos civil y administrativo para la mayor parte posible de las conductas problemáticas y transgresoras de los menores, incluso cuando se encuentran tipificadas como delictivas. En Italia, por ejemplo, el nuevo proceso penal para menores prevé una forma de «no haber lugar a proceder» por la «escasa relevancia social del hecho» aún cuando interese al derecho penal sustancial.

2. El segundo objetivo es el «minimalismo» de la respuesta institucional, es decir dejar convertido en algo residual el internamiento de los menores en instituciones, y buscar en cada caso formas alternativas, no-institucionales, comunitarias, de intervención, incluso en un marco jurídico-penal. En Europa se ha avanzado bastante en este sentido (Junger-Tas, 1985, 1987; Rutherford, 1986; Ponti, 1987), pero las potencialidades no parecen todavía adecuadamente exploradas ni utilizadas, y los trabajos de verificación no son constantes en sus resultados. Por lo demás, la convicción científica y operativa fundada en la negatividad de la respuesta institucional es en cualquier caso un factor de potente estímulo para la búsqueda de soluciones alternativas. Es precisamente éste el plano en el que el problema de las garantías debe reafirmarse en términos más claros.

3. Un corolario inexcusable del segundo objetivo es el constituido por la exigencia de activar e inventar una variedad de respuestas que se sitúen en el espacio potencialmente amplio entre la institución y la familia (formas de residencia que van desde el modelo familiar al de la pequeña comunidad abierta), y paralelamente de suscitar la máxima activación de las respuestas de la comunidad local (acogimientos, soporte educativo a las familias, actividades de formación-trabajo, etcétera).

4. Uno de los objetivos de mayor significación —y de más dificultad— es ciertamente el que propone la máxima activación del menor —también y sobre todo en el sistema penal— y de su relación con la víctima, con el daño causado, etc. Es el modelo que postula al menor como sujeto activo y responsable más que como sujeto-víctima pasivo. Es también el modelo que tiende a superar la concepción retributiva de la pena en la búsqueda de lógicas más modernas en sentido restitutivo-compensador-conciliatorio (no el sufrimiento personal para retribuir abstractamente el daño social e individual, sino comportamientos activos para restituir socialmente, compensar en concreto, descubrir formas de conciliación grupal, colectiva).

También aquí, parece innecesario insistir, el problema de las garantías es de fundamental importancia para que no resulte desvirtuado el sentido de estas medidas.

En general, en efecto, para todos estos nuevos objetivos —que constituyen un importante desafío a la creatividad en campo tan problemático— de no

aparecer bien clara la presencia del *confin normativo*, jurídico-penal, de no mantenerse permanentemente activas las garantías y los derechos específicos inherentes a la posición jurídica de los menores, puede producirse lo que cabría definir una «distorsión del sentido» de la respuesta social por confusión de contexto.

Es decir, se trabajará sobre problemas y conflictos de orden penal *como si* se estuviera en un ámbito asistencial, terapéutico, consensual. Es un nivel de mistificación del cuadro normativo de referencia capaz de producir graves efectos paradójicos: por ejemplo la multiplicación de identidades desviadas asistidas y la difusión subsiguiente de un control asistencial de contenidos jurídico-penales expandiéndose en el medio social.

Tales riesgos existen pero no deben paralizar la innovación: el antídoto es poner hoy en primer plano la cuestión de los controles y las garantías en el ámbito de los cada vez más complejos procesos aplicativos, cognoscitivos, operativos, socio-cultura-

les, en relación con las dimensiones y a las propuestas brevemente apuntadas en este escrito. (Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

#### REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Christie, N. (1982), «Limits to pain», Martin Robertson, Oxford.
- Consejo de Europa (1987), «Recommandation sur les reactions sociales et la delinquance juvenile», Strasbourg.
- De Leo, G. (1987), «Appunti di psicopsicologia della criminalità e della devianza», vol. II, Buzoni, Roma.
- Ferrajoli, L. (1985), «Il diritto penale minimo», en «Dei delitti e delle pene», n. 3/85. (Hay traducción española de R. Bergalli, H. C. Silveira y J. L. Dominguez, en «Poder y Control», n. 0/1986, pp. 25 y ss.).
- Hulsmann, L. (1983), «Abolire il sistema penale», en «Dei delitti e delle pene», n. 1/83.
- Junger-Tas, J. (1985), «Alternative Sanctions», Ministry of Justice, The Hague, Netherlands.
- Junger-Tas, J. (1987), «La justice des mineurs: hier et demain», Barcelona, diciembre, (intervención en unas jornadas).
- Ponti, G. (1987), «Giovani, responsabilità e giustizia», Giuffrè, Milano.
- Rutherford, A. (1986), «Growing out of crime», Penguin Books, Middlesex.

# ALIANZA EDITORIAL

## Día del Libro

Solicite nuestro Boletín de Novedades gratuito

Milan, 38  
28043 Madrid  
Tel. 200 00 45

### Historia de Lanzarote del Lago



(4) Edición de 1988

La novela artúrica más importante de cuantas se escribieron en la Edad Media. Se han publicado: **La búsqueda del Santo Grial, La muerte del rey Arturo** y los cuatro primeros tomos de **Lanzarote del Lago**. Están en preparación los tres últimos.

(Edición de Carlos Alvar)

novedades

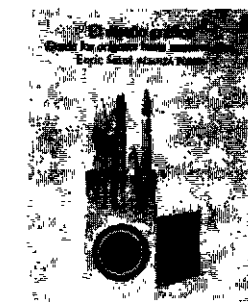
### JOSEF SKVORECKY El saxofón bajo



“Josef Skvorecky es una de las grandes figuras literarias de nuestro tiempo” George Steiner

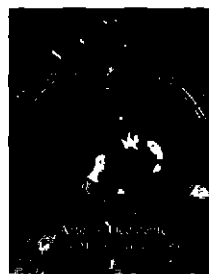
### ENRICO SATUE El diseño gráfico

Desde los orígenes hasta nuestros días



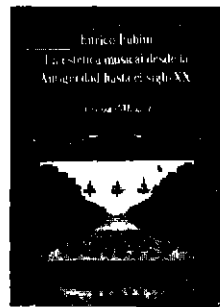
Enrico Satue es Premio Nacional de Diseño Gráfico 1988

### HENRI FOCILLON Arte de Occidente La Edad Media románica y gótica



Reconstrucción de todo un período glorioso de la cultura figurativa europea

### ENRICO FUBINI La estética musical desde la Antigüedad hasta el siglo XX



Brillante análisis de las ideas que ha desarrollado la humanidad acerca de la música, en el transcurso de casi tres milenios.

### JAVIER VARELA Jovellanos



Biografía fundamental para comprender muchos aspectos del siglo XVIII y de la Ilustración española.

### ROBERT B. PARKER Dios salve al niño

Una novela de Spenser



El detective Spenser encarna al héroe romántico en la sociedad urbana contemporánea

# Jóvenes y cuestión penal en España

Esther GIMÉNEZ-SALINAS  
Carlos GONZÁLEZ ZORRILLA

## 1. EVOLUCION DE LA JUSTICIA DE MENORES EN EUROPA

Tres grandes modelos han presidido la justicia de menores desde su creación en 1899 en Chicago, EE.UU. A) El modelo de Protección. B) El modelo Educativo. C) El modelo de Responsabilidad<sup>1</sup>.

En el primero podría decirse que existe una estricta subordinación de lo educativo a lo judicial, en el segundo un claro predominio de la acción educativa con la consiguiente reducción de la intervención judicial y en el tercero la búsqueda de un equilibrio entre lo judicial y lo educativo<sup>2</sup>.

### 1.1. El modelo de protección

El origen de las jurisdicciones especializadas para menores tiene una historia muy breve, puesto que nacen a finales del siglo pasado. En los comienzos del siglo XX, en toda Europa se pone en marcha un período tutelar «o protector» que llega hasta nuestros días.

La delincuencia juvenil es vista como una consecuencia de la vida urbana, del nacimiento de la sociedad industrial, de la crisis de la institución familiar, de la pérdida de los valores morales, etc., aparece en las calles la miseria y la marginación y ésto es molesto para todos, pero especialmente para las clases dirigentes. Movimientos filantrópicos y humanitarios se lanzan a liberar a los niños del sistema penal con una profunda convicción en los éxitos del sistema reeducativo. Para ello se quiere limitar al máximo el poder de la autoridad paterna entre «los miserables», los marginados, buscando para ello un sistema de protección especial para los niños. No importa si son mendigos, pobres o delincuentes, todos necesitan un mismo sistema de «protección», o reeducación.

Las principales características de la ideología que fundamenta la creación de las Jurisdicciones especializadas para menores podrían quedar resumidas en los siguientes puntos:

1. Niños y jóvenes deben estar absolutamente separados de las influencias corruptoras de los criminales adultos<sup>3</sup>.

2. Deben tener un Tribunal especial, del que no necesariamente debe formar parte un juez, ya que lo que importa no es garantizar el derecho y su correcta aplicación, sino conseguir la reeducación del niño. No importan los medios sino sólo el fin.

3. Un amplio control penal sobre los jóvenes delincuentes extendiéndose su intervención a conduc-

tas no delictivas con un gran acceso a toda la juventud predelincente. Como señala La Greca<sup>4</sup>, «en realidad la creación de las jurisdicciones de menores respondió a la búsqueda de un control más amplio de las capas de la población juvenil asentadas en las áreas urbanas industrializadas». De hecho hoy se constata que la legislación especial para niños, no sólo no alivió las condiciones de los mismos sino que por lo contrario, contribuyó a consolidar la inferioridad social de los sujetos pertenecientes a las clases subalternas.

4. La consideración del carácter anormal o patológico de los niños delincuentes y su equiparación a un enfermo. En este sentido es comprensible el importante papel que jugaron los médicos en la penología norteamericana, adquiriendo el sistema un claro carácter medicinal.

5. El ideal rehabilitador y la profunda creencia de cambiar a los menores y adaptarlos al sistema de las clases dominantes. Así la reeducación se basaba en la formación de hábitos y costumbres. El trabajo, la enseñanza, y la religión constituyen la esencia del programa de reforma.

6. Consecuentemente los menores deben ser apartados de su medio, puesto que esto era lo auténticamente nocivo e «internarlos por su bien» para la reeducación, de ahí que el reformatorio se convirtiera en pieza clave de todo el sistema reformador<sup>5</sup>.

7. Puesto que el menor era un enfermo y se le tenía que curar mediante la reeducación, no era necesario un proceso en regla, ni tan siquiera los requisitos legales mínimos. Si de lo que se trataba pues, era de curar, todo estaba permitido y no había ninguna necesidad de respetar las garantías jurídicas, consideradas como supérfluas, puesto que no se trataba de actuar represivamente. Como acertadamente señala Perfecto de Andrés<sup>6</sup> «el tenerlas en cuenta constituiría un obstáculo para el buen desarrollo de esta particular terapia social».

8. En general puede considerarse que la justicia de menores asumió plenamente la herencia positivista, y que aun hoy esta idea está presente en las políticas educativas, en torno a los jóvenes delincuentes.

9. La idea de que «el menor había salido del Derecho Penal»<sup>7</sup> se extendió por toda Europa. En realidad hoy podemos afirmar<sup>8</sup> que no es que el menor «saliera» del Derecho Penal, puesto que se le seguían aplicando medidas sancionatorias, sino que lo que sucedió es que se le privó de todo tipo de garantías y derechos individuales.

Después de un análisis de lo que en realidad significó el sistema protector, A. Platt concluye dicien-

do «concedidos los benignos motivos de los salvadores de niños» digamos que los programas que apoyaban con entusiasmo, recortaban las libertades civiles y la vida privada de los menores, trataban a los adolescentes como si fueran naturalmente dependientes, que requieran constante y omnipresente vigilancia. Aunque a los salvadores de niños les interesara retóricamente proteger a los menores de los peligros morales y materiales que presentaba una sociedad cada vez más urbana e industrializada, sus remedios parecían agravar el problema»...

Las consecuencias de esta visión de atención a la infancia, hizo que en la práctica totalidad de los países europeos se creara un modelo de Tribunal de Menores donde el niño estaba totalmente separado del adulto. El primer país en crear un sistema nuevo de protección de la juventud fue Noruega en 1896. La ley de protección de los Países Bajos data de 1901, la de Inglaterra y Alemania en 1908, la de Francia y Bélgica en 1912 y la de España en 1918.

## 1.2. El modelo educativo

El modelo educativo lo preside la construcción del Estado de «Welfare». El Estado de Bienestar Social es un producto típicamente europeo, que arranca de finales de la segunda guerra mundial hasta aproximadamente 1975. Y puede considerarse el resultado de una colaboración entre los partidos Demócrata-Cristianos y Socialistas. Se basa sobre la concepción del Estado como guardián de la seguridad y como responsable de eliminar la pobreza, mejorar las condiciones trabajo, sanidad, enseñanza, seguridad, etc. El Estado Welfare ofrecerá una seguridad a todas las categorías sociales, pero especialmente a las menos privilegiadas<sup>10</sup>.

Es evidente que el nacimiento del Estado de Bienestar Social se basa en los períodos de expansión económica. La crisis de 1973 establece una frontera, no puede decirse que a partir de entonces se retrocediera, pero tampoco se avanzó. La política de Bienestar Social se basaba en el crecimiento económico y el pleno empleo, dos elementos que a partir de esta fecha no podrán mantenerse. Sin embargo, es importante el paso que se dio, ya que los principios fundamentales conseguidos en esta época, van a ser respetados en toda Europa.

En el ámbito de la justicia juvenil, el modelo de la protección entra en crisis y entramos a partir de los años 60 en el modelo educativo.

El modelo educativo se basa fundamentalmente en evitar que los jóvenes entren en el sistema de justicia penal, policía, fiscales, trabajadores sociales, educadores, etc., tienden a no pasar los casos a la justicia, incluso los más graves. Las cifras de los «clientes» descienden en Europa en un 50 por 100, es por ello a lo que a este modelo se le ha denominado también el modelo «permisivo».

El objetivo consiste precisamente en no intervenir en interés del menor, es decir, es justo la antítesis del modelo protector. Las cifras son claramente ilustrativas, en Holanda por ejemplo, los niños bajo control judicial pasan de 1967 a 1978 de 42.000 casos a 22.000 sin que la población juvenil haya variado. Se buscan soluciones extra-judiciales, son las bases de lo que posteriormente se conocerá como «modelos de diversión o mediación»<sup>11</sup>.

Especialmente en Holanda, Bélgica y Países de Norte se desarrollan alternativas fuera del sistema, a través de Organizaciones privadas<sup>12</sup>. Pero los cambios, no sólo se producen a nivel del descenso de la intervención de la justicia, sino que existe un importante abandono de los métodos represivos, y un claro predominio de la acción educativa. Desaparecen las grandes instituciones. El menor ya no es el único objeto de atención, sino que se tiende a dejarlo en el seno familiar, ofreciendo al menor y a su familia la ayuda necesaria. Residencias pequeñas, familias acogedoras, familias sustitutas, pequeños hogares, medidas de medio abierto, etc., son las alternativas de los años sesenta. La evolución legislativa de los países viene a confirmarlo. El internamiento aparece como el último recurso a utilizar y solamente en casos muy extremos.

Una gran variedad de Organismos asistenciales se ponen en marcha, sobre la base de que es el joven quien pide la ayuda y por tanto es necesario su consentimiento. El anonimato en estos casos está garantizado. Los problemas legales carecen de importancia. Los trabajadores sociales no se sienten identificados con la justicia, ellos «no son» controladores sociales, su relación con la justicia es accesoria.

Del sistema protector continua la no distinción entre joven delincuente, en peligro o necesitado de ayuda. Bajo la idea de que su intervención es solamente educativa, los trabajadores sociales no aceptan las diferencias. Se sigue pues manteniendo que la justicia interviene, no porque exista una violación de normas, sino para atender y cubrir una serie de necesidades. En definitiva, la justicia es vista como el último escalón del trabajo social, es una «SUPER-Asistente-Social».

Por lo que afecta a España con nuestra ya tradicional postura inmovilista todos estos cambios apenas existen. Los Tribunales de Menores siguen anclados en el modelo instaurado en 1948, basado en el sistema protector, que se remonta a la legislación de 1918. En realidad casi podríamos decir que entre los años 60 y 70 se produce un efecto contrario<sup>13</sup>. Así entre 1965 y 1975 los expedientes del Tribunal siguen aumentando, pues el número de expedientes abiertos por los Tribunales de Menores en esta década en facultad reformadora aumentó en un 2,67 por 100. La libertad vigilada considerada en la época como única medida alternativa al internamiento, disminuyó en un 38,40 por 100. La colocación en

familia disminuye en un 33,91 por 100. El internamiento en un Centro de Observación, utilizado como el lugar donde hacer un pequeño diagnóstico para tratar de ayudar al juez en la decisión judicial disminuyó en un 40,09 por 100.

El largo internamiento en un centro disminuye también en un 26,70 por 100. Por el contrario, el breve internamiento aumentó en un 52,04 por 100, y la amonestación en un 9,09 por 100. Las cifras son por sí solas explicativas de la política seguida en torno a los menores.

### 1.3. El modelo de responsabilidad

En toda Europa existe la impresión de que el modelo educativo ha ido demasiado lejos. Padres, maestros, educadores y la propia justicia se arrepienten de una excesiva libertad. Las condiciones de vida para los jóvenes son mucho más duras, la falta de expectativas de futuro, sobre todo de empleo, cambia las reglas del juego.

El adolescente de los años 80 está mucho más próximo al mundo de los adultos que al de la infancia.

La crisis en el modelo de protección alcanza su punto culminante con el caso Gault en Estados Unidos en 1967, la ya famosa sentencia inicia una nueva época consagrada a rescatar los derechos individuales de los jóvenes<sup>14</sup>.

Los aspectos más importantes de dicha sentencia que obligaron a todos los estados a cambiar las leyes juveniles, por considerar que eran anticonstitucionales serían los siguientes.

«Las garantías procesales son también aplicadas a los menores. Ellas exigen: que se comunique al joven, a sus padres o guardadores y con tiempo suficiente, los cargos que se le imputan, para que se pueda preparar la defensa; el derecho también para el menor, de aconsejarse y de ser defendido, por letrado; el privilegio de no acusarse a sí mismo y de que si el sujeto lo hace la confesión no valga, salvo que el hecho haya sido probado por otros medios. El derecho de confrontar a los testigos, y de que éstos presten declaración bajo juramento...»

La preocupación por los derechos y garantías de los menores se extiende también a Europa y los cambios legislativos se orientan en esta dirección. El menor no es ya sólo un objeto de protección, sino también un sujeto de derechos. Esto va a tener, sin embargo, importantes consecuencias, pues como estima Junger-Tass «Si el elemento central es el joven como sujeto de derechos, la gravedad de los hechos cometidos deviene más importante y la responsabilidad del joven pasa a primer plano»<sup>15</sup>. Eso es cierto, pero a nuestro entender, apreciar la responsabilidad del joven, no significa abandonar el principio educativo que debe presidir el Derecho de Menores. ¿O es que acaso el modelo protector no san-

cionaba y reprimía más duramente? eso sí, con total libertad y arbitrariedad. En todo caso el modelo de responsabilidad tiene como punto de partida el principio educativo más importante «Educar en la responsabilidad».

Por ello el núcleo principal de discusión sobre si es, o no, un modelo educativo, no está en reconocer que un joven tiene los mismos derechos y garantías que los adultos, sino en el tipo de respuesta que se dé a la comisión de un delito.

Las características de este nuevo modelo, que se denomina también modelo de justicia serían de una forma resumida las siguientes:

1. Un mayor acercamiento a la Justicia Penal adulta, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales.

2. Refuerzo de la posición legal de los jóvenes.

3. Una mayor responsabilidad de los mismos.

4. Limitar al mínimo indispensable la intervención de la justicia.

5. Una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos. Reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad.

6. Una mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación de la víctima de la sociedad.

7. Conservar para los jóvenes los principios educativos que en «teoría» han presidido las legislaciones juveniles (atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del menor).

Por todo ello nos parece interesante resumir muy brevemente algunas de las recomendaciones del Consejo de Europa en torno a la justicia de menores, recogidas en el Documento sobre «La Reacción Social a la Delincuencia Juvenil», elaborado por el Comité restringido de expertos, en mayo de 1987.

1. La necesidad de acelerar los procesos. Precisamente la justicia de menores debe ser una justicia ágil, que evite los alargamientos innecesarios y sobre todo, procurar que el tiempo entre la comisión de la infracción y la elección de la medida, sea lo más breve posible.

2. Evitar el reenvío a la justicia de adultos, tal como hacen algunos países de Europa. Es decir, bajo ningún concepto, un joven debería ser juzgado por la Jurisdicción penal ordinaria.

3. Los jóvenes deben tener claramente reconocidos una serie de derechos dentro del proceso penal. Los jóvenes de hoy devienen cada día más independientes y autónomos. La justicia de menores aunque tenga unos objetivos claramente educativos no puede eludir la responsabilidad que hoy tienen los menores. De ahí que sea importante reforzar la posición legal de los menores durante todo el curso del proceso penal, reconociendo entre otros los siguientes derechos:

a) La presunción de inocencia, principio fundamental del derecho penal, según el cual toda perso-

na acusada de una infracción es presumiblemente inocente hasta el momento en que se pruebe su culpabilidad. Esto debe estar plenamente reconocido en la justicia de menores, al igual que lo está en la justicia de adultos.

b) El derecho a la asistencia de un abogado durante todo el proceso, que garantice el respeto a los derechos del menor, sus propios deseos, identidad, etcétera.

c) El derecho a la presencia de los padres. Los padres del menor deberán estar informados desde el momento de la detención y durante todo el proceso, así como estar presentes en las declaraciones. Esto no solamente desde el punto de vista de garantizar los derechos del menor, sino también por motivos educativos, ya que la presencia de los padres puede ayudar al menor y favorecer la cooperación de la familia en todas las intervenciones.

d) La posibilidad de que al igual que los adultos, los menores tengan derecho a aportar sus propios testigos en el momento de la defensa; que se les interroge y que se confronten sus declaraciones.

e) El derecho a la palabra, es decir, derecho a que se escuchen sus propios mensajes y sus propias opiniones. Hay que partir de la base de que el consentimiento de los menores en las medidas pronunciadas por los Tribunales es, con frecuencia, una garantía de la cooperación del menor en el tratamiento.

f) El derecho de apelar a las decisiones de los Tribunales.

g) Revisión de las medidas. El menor debe poder pedir a la autoridad judicial que se revisen las medidas, especialmente aquéllas que han perdido su utilidad y que pueden convertirse en perjudiciales.

h) El respeto a la vida privada. En todo momento del procedimiento las circunstancias personales de los jóvenes y de sus familiares no deben ser divulgadas al público.

4. La formación de personas que intervienen en los procesos de menores.

La justicia de menores se distingue de la de los adultos, no solamente por su acento particular en el aspecto educativo de las medidas, sino también por una serie de situaciones jurídicas y prácticas específicas. Por ello es de especial importancia que todas las personas que intervienen en el proceso (policías, abogados, procuradores, jueces, trabajadores sociales, educadores, etc.) tengan una formación especializada que asegure sus conocimientos, tanto desde el punto de vista criminológico de la delincuencia juvenil, como en el conocimiento de todas aquellas disposiciones específicas del derecho penal de menores.

5. Por último el mantener la recomendación de que no consten antecedentes penales a los menores. En todo caso, las inscripciones en determinados archivos sólo deben ser comunicadas a la autoridad judicial. Cualquier otra divulgación podría

comprometer seriamente la reinserción social del menor.

6. El término medida es en Europa el más utilizado en el derecho de menores para denominar las respuestas jurídicas. En general se recomienda que:

a) Las medidas sean aplicadas en su medio natural y en lo posible sin interrumpir el proceso educativo. Respetar fundamentalmente su personalidad, el derecho a la educación y sobre todo, no ensombrecer o esconder la personalidad del joven, sino todo lo contrario, favorecer el desarrollo de sus cualidades y aptitudes de manera que pueda integrarse plenamente en la sociedad.

b) Todos los países miembros del Consejo de Europa reconocen que las medidas deben ser de duración determinada y que en *ningún* caso deberán pasar de 2 años. *En este sentido aconsejan el total abandono de las medidas de duración indeterminada.*

c) Cuando no sea posible dejar al menor en un medio abierto y no exista otra posibilidad que su internamiento en un establecimiento, los estados miembros del Consejo de Europa recomiendan que existan diferentes tipos de establecimientos educativos y que éstos tengan una concepción pequeña. Evitar que sean privativos de libertad, y sobre todo que no rompan la relación con la familia, sino que sean un espacio intermedio donde se trabaje paralelamente, tanto la familia como el menor. Para ser eficaz, el ingreso en un centro no debe implicar una destrucción total de la libertad personal del menor.

7. Búsqueda constante de medidas alternativas, que eviten la entrada del joven en prisión. En todos los países dichas medidas han conseguido una mayor autonomía. Así el trabajo comunitario, *Probation*, la reparación, la mediación, etcétera.

8. Se aconseja que todas las legislaciones tiendan a suprimir las penas privativas de libertad aplicadas a menores y jóvenes. Como sea que algunos países las mantienen para casos excepcionales, mientras se espera una total desaparición se aconseja que:

a) Su duración sea lo más corta posible buscando la pronta aplicación de la libertad condicional, *probation*, semilibertad u otras alternativas.

b) Asegurar un soporte educativo a la salida de la prisión.

c) Separar a los jóvenes de los adultos.

d) No privar nunca a los menores o jóvenes encarcelados del derecho a la educación y asegurar que siempre puedan ejercerlo.

e) Exigir que el juez motive la aplicación de una pena tan dura y que fije su duración.

## 2. LA SITUACION EN ESPAÑA

A casi 10 años de promulgada la Constitución y tras haber superado amplísimamente el plazo de un

año marcado por la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 para el envío por el Gobierno a las Cortes de un Proyecto de Ley Penal juvenil continuamos con la Legislación de 1948 y sigue sin estar claro cual es la voluntad del Ejecutivo en esta materia.

Y sin embargo, a través de filtraciones, interesada o no, y de pronunciamientos públicos de algunos sectores sociales (que incluyen una extraña amalgama de antiguos miembros de los Tribunales de Menores, Coordinadora de Barrios, ABC, YA y otros sectores profesionales ligados al trabajo social con menores) ha comenzado a cuestionarse con fuerza la posibilidad de elaborar una Ley Penal juvenil, cuestionamiento que puede haber influido en la lentitud y cautela con la que el Gobierno parece estar abordando este tema.

Para esos sectores la idea de que en el futuro pudiera existir un *derecho penal de menores* en nuestro país, es una idea rechazable por cuanto tiene, en su opinión, de estigmatizante, represiva y aún de ineficaz de cara a lograr una adecuada atención de los jóvenes «inadaptados». En su opinión «derecho penal» equivale a «represión», la represión es lo opuesto de «educación» y en consecuencia la creación de un derecho penal juvenil supondría un retroceso con respecto, no sólo a otros modelos existentes en determinados países europeos (Escocia y Suecia principalmente) sino incluso, con respecto a la situación actual, que pese a su ausencia de garantías, al menos ofrece la ventaja de su falta de formalismo y en consecuencia, su eficacia en la adopción de las medidas más adecuadas.

No merece la pena detenerse en el comentario de las posiciones, minoritarias ciertamente de quienes desde posiciones políticas de rechazo del sistema democrático sostienen que la aplicación de las garantías constitucionales a los menores redundaría en perjuicio de la eficacia en la prevención de la delincuencia juvenil. En el fondo lo que expresan explícita o implícitamente es un rechazo al sistema democrático de derecho diseñado por la Constitución<sup>16</sup> aunque sí vale la pena alertar sobre el peligro de manipulación de tales posiciones cuando son esgrimidas por profesionales de buena fe preocupados por hallar respuesta inmediata a los problemas concretos que han de afrontar en su trabajo cotidiano y que identifican el respeto de las garantías constitucionales con el formalismo, la lentitud y el distanciamiento de la realidad social, desgraciadamente presente hoy en muchos ámbitos de la actuación jurisdiccional.

En cambio sí puede resultar útil analizar otro de los equívocos presentes en la posición que esquemáticamente describíamos más arriba: la de considerar que la creación de un derecho penal juvenil alteraría de forma esencial la situación presente.

Lo primero que hay que decir al respecto respecto es que, en nuestro país, *ya existe un derecho pe-*

*nal de menores*. La vieja frase de *Dorado Montero* de que por fin los menores han quedado «fuera del Derecho Penal» no refleja la realidad, más que en un aspecto puramente formal. Los menores han quedado *fuera de las garantías* en la aplicación del derecho penal, pero no del derecho penal mismo.

Ello quizá requiera que nos pongamos previamente de acuerdo en lo que significa *derecho penal*. Por derecho penal se entiende el conjunto de normas jurídicas que a determinadas conductas previstas como delito, asocian determinadas restricciones de derechos o libertad llamadas penas. Es decir: que *la esencia* del derecho penal consiste en imponer coactivamente restricciones de libertad o de derechos a determinados individuos por el hecho de haber violado o transgredido determinadas normas consideradas básicas por la sociedad.

Pues bien, ambas características (violación de normas y restricción de libertad) se dan en la legislación de menores vigente. Lo único que faltan son las garantías y límites que en el derecho penal de adultos existen con respecto a su aplicación. Las garantías derivadas de la protección exclusiva de bienes jurídicos frente a las conductas que los lesionen o pongan en peligro, las garantías derivadas del principio de legalidad (determinación legal de la conducta punible, determinación de la pena, garantía jurisdiccional, etc.) y las garantías procesales en cuanto a la aplicación y ejecución de las penas, están ausentes de la legislación de menores vigente; pero una vez más hay que decirlo, la esencia del derecho penal, esto es, posibilidad de privar de libertad coactivamente por hechos considerados atentarios a las normas sociales ha permanecido y permanece inalterada por encima de proclamaciones más o menos solemnes sobre la función educativa y tutelar de la actual justicia de menores<sup>17</sup>.

## 2.1. Justicia sí. Justicia no. ¿Pero como?

No es éste el momento de analizar en profundidad este argumento que cuenta con una ya apreciable literatura científica que en los últimos años se ha preocupado de poner de relieve la contradicción de la actual legislación de menores con los principios constitucionales<sup>18</sup>. Pero si hemos querido mencionarlo ha sido porque nos parece que ponerlo de relieve con toda claridad contribuye a evitar equívocos y puede hacer más fructífera la discusión entre las diversas opciones, sin que ninguna de ellas pueda escudarse en una pretendida contraposición entre «represores» y «protectores de los niños» que ni se corresponde con la realidad, ni contribuye a poner racionalidad en la discusión. Pues bien, frente a este panorama sucintamente enunciado, las posiciones sobre el futuro de la justicia de menores en España parecen estar divididas, en lo que alcanzamos a ver, en tres opciones fundamentales.<sup>19</sup>

a) La de quienes rechazan la aplicación de cualquier tipo de legislación penal a los menores y propugnan su sustitución por diversos modelos de trabajo o asistencia social.

b) La de quienes defienden la introducción de las garantías constitucionales en la actual legislación, dejando básicamente intocados los principios ideológicos de la misma.

c) La de quienes consideran que se debe crear un derecho penal específico de los jóvenes, limitando, garantizando y adaptando a su etapa evolutiva la aplicación del mismo.

En lo que sigue vamos a tratar de analizar si quiera sea brevemente cada una de estas alternativas.

## 2.2. La estafa de las etiquetas

La primera de esas posiciones sostiene que de lo que se trata es de suprimir la legislación penal y sustituirla por asistencia o trabajo social. En otros ámbitos profesionales, sobre todo en los del trabajo social se propugna a veces la sustitución de la actual regulación de los Tribunales de menores, por una intervención de tipo administrativo basada en los presupuestos de la acción social sin las connotaciones «estigmatizantes» y «represivas» de la justicia, especialmente de la justicia penal aplicada a los jóvenes, y basada más en las condiciones socio-familiares de éstos que en sus conductas delictivas o no.

Esta posición tiene el mérito de poner el acento en una premisa básica de todo Estado social y democrático de Derecho, es decir, la de que no bastan las declaraciones formales sobre la igualdad ante la ley si las condiciones sociales reales desmienten todos los días dicha igualdad, y que, por tanto, compete a los poderes públicos no sólo asegurar las garantías y Derechos formales de los ciudadanos sino, como dice el artículo 9.2 de la Constitución «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Ahora bien, reconocida la justicia de dicha posición nos parece que su puesta en práctica supone previamente aclarar algunos conceptos, so pena de volver a introducir la confusión en esta materia y caer en lo que se ha llamado «la estafa de las etiquetas».

Y el primer concepto a aclarar es el de dejar bien establecida la diferencia entre dos formas de actuación social —la justicia y el trabajo social— que responden a lógicas y presupuestos diferentes la primera a la *lógica de la violación de las normas*; la segunda a la *lógica de las necesidades sociales*.

Confundir estas dos dimensiones, basar la actuación de la justicia en la lógica de las necesidades so-

ciales, o al revés, basar la acción social en la lógica de la violación de las normas, introduce de nuevo la confusión y la mixtificación y puede tener consecuencias perniciosas para la actuación y la eficacia de una y otra.

La acción social ha de basarse en la lógica de las necesidades, y en consecuencia su actuación ha de fundarse en criterios de globalidad, en criterios de *desigualdad* en la medida en que ha de prestar una atención preferente a los sectores sociales más desfavorecidos y en el criterio de la *voluntariedad* en cuanto a la prestación de la asistencia puesto que difícilmente se entendería una acción promotora o facilitadora de mejores condiciones sociales *impuesta* a los individuos contra su voluntad.

Si en cambio, la acción social se basa en la lógica de la violación de las normas (lo que muchas veces está implícito en algunos programas de «prevención de la delincuencia»), se producen inexorablemente dos «efectos perversos» que contribuyen a desdibujar los contornos de la acción social y a desvirtuar su eficacia.

En primer lugar, se «*pervierte*» la acción social que, en la medida en que aparece *impuesta al individuo* y actuando no sólo en función de las necesidades sociales sino también de la conducta más o menos conforme con las normas establecidas, deja de ser asistencia para convertirse en *control*, sea cual sea el organismo encargado de llevarla a cabo. Y en la medida en que ese control aparece mixtificado y no sujeto a las garantías derivadas de su propia función controladora, resulta incompatible con los presupuestos de un Estado Democrático.

## 2.3. Criminalizar la miseria

Pero, además, el «efecto perverso» funciona a otro nivel: en la medida en que la prestación de la ayuda se condiciona más o menos explícitamente a la presencia de rasgos de «inadaptación» a las normas sociales o de violación pura y simple de esas mismas normas, se está enviando un mensaje nada subliminal a toda la sociedad, a saber, que la violación de las normas puede ser el camino más fácil para conseguir la ayuda y la asistencia que de otro modo resulta mucho más costoso lograr. El efecto *criminógeno* de ese mensaje, junto a la discriminación que supone con respecto a los sectores necesitados respetuosos con las normas, nos parece incontestable, y hace que los pretendidos efectos «preventivos» de tal actuación se conviertan en rasgos que tienden a potenciar y consolidar el fenómeno de la delincuencia, más que a combatirlo.

Por contra, la acción de la justicia no puede más que basarse en lo que llamábamos, la lógica de la violación de las normas. Sólo la violación de normas consideradas básicas por la sociedad puede y debe dar lugar a su intervención y no la situación pudien-

te o necesitada del individuo autor de tales acciones<sup>20</sup>.

Si la justicia se basa en la lógica de las necesidades (lo que ocurre hoy con la legislación vigente), se producen de nuevo dos «efectos perversos» paralelos a los analizados hace un momento. En primer lugar, difunde la convicción de que la delincuencia «es cosa de los pobres», de los necesitados, lo que contribuye a criminalizar la miseria y, en definitiva, a crear un estereotipo en el que los rasgos de la marginación social y los de la criminalidad aparecen confundidos, con lo que lejos de favorecer la integración social de los individuos pertenecientes a las clases sociales más desfavorecidas, se acentúan los rasgos de segregación y exclusión social de los mismos.

En segundo lugar, basar la justicia en la lógica de las necesidades tiende, inevitablemente, a difuminar la necesidad de las garantías jurídicas («si la justicia ya no es justicia sino protección y ayuda ¿qué necesidad hay de defensa, determinación judicial de la medida..., etc.?), y por tanto una vez más, a privar a los menores de su condición de ciudadanos a todos los efectos, que les confiere la Constitución.

#### 2.4. Justicia en la recámara

Por tanto suprimir el derecho penal de los jóvenes, debe querer decir suprimir restricciones coactivas de derechos o libertad como reacción a la transgresión. Lo que *no* puede es traducirse en una supresión del *nombre* bajo el cual se ejercen dichas restricciones o el organismo judicial actualmente encargado de aplicarlas y dejar inmodificado el contenido *coactivo* de las mismas.

Ni puede traducirse en la creación de un sistema en el que la justicia quedará como una especie de segunda instancia, como una espada de Damocles lista para actuar cuando el joven no acepte de buen grado la «ayuda y asistencia» ofrecidas. Porque así se acentúan los rasgos de control de dicha ayuda; porque así, no se aumenta la tolerancia social frente a las conductas transgresoras de los jóvenes, sino que se mixtifica la reacción social frente a dichas conductas; y porque así, por último, se convierte a la asistencia en un primer eslabón de selección de la clientela de la justicia y se renuncia a transformar en un sentido progresista tanto el aparato asistencial como el judicial<sup>21</sup>.

Por lo tanto, si se decide suprimir el derecho penal para los menores o al menos para la franja de menores de edades más bajas —lo cual parece razonable y plausible— habrán de exigirse dos condiciones indispensables: Primero, que se trate de una auténtica supresión, lo cual quiere decir que no podrán adoptarse medidas educativas o asistenciales con respecto a ellos en contra de su voluntad o la de sus representantes legales; segundo, que exista

un claro consenso social con respecto a los sujetos a los que afecte dicha supresión, es decir, que se defina con claridad el límite de edad, por debajo del cual la justicia no debería intervenir nunca, aun en el caso de tratarse de autores de un delito grave.

#### 2.5. Renunciar a llamar a las cosas por su nombre

Porque de no hacerse con esas premisas, nos tememos que la opción «despenalizadora» acabe coincidiendo con la de quienes sostienen que lo que se ha de hacer es *mantener lo esencial de la actual legislación, introduciendo en ella las garantías constitucionales*. En este sentido algunos profesionales mantienen la opinión de que la actual legislación de Tribunales Tutelares de menores debería ser mantenida en sus aspectos esenciales, admitiendo, no obstante, la introducción de aquellas modificaciones legales que corrigieran los aspectos inconstitucionales de la ley, especialmente el derecho a la defensa de los menores sometidos a su jurisdicción, y la adscripción de dichos Tribunales al poder judicial.

En nuestra opinión dicha opción, no sólo es la peor desde el punto de vista de las nuevas necesidades en cuanto a la inserción social de los jóvenes, sino que además resulta imposible.

Resulta imposible porque los aspectos inconstitucionales de la ley no son adjetivos y susceptibles de ser modificados dejando intocada su filosofía, sino que están consustancialmente unidos a ésta, de tal forma que no se puede decir que la ley tiene *aspectos* inconstitucionales, sino que de la propia *esencia* de la ley se deriva su inconstitucionalidad.

En efecto, corregir los aspectos no garantistas de la actual Ley de Tribunales Tutelares de menores supone cambiar las bases esenciales del actual sistema. Supone, en primer lugar, acabar con la posibilidad de enjuiciar a menores por hechos no constitutivos de delito o falta, y por tanto, acabar con la posibilidad de enjuiciar las llamadas «conductas irregulares» (que en la actual ley se definen con los términos de «prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos»). Supone, en segundo lugar acabar con la indeterminación de las medidas impuestas y en consecuencia acabar con uno de los presupuestos esenciales del sistema, esto es, que la medida debe aplicarse, «hasta la corrección del menor». Supone, en el orden procesal, introducir el derecho del menor a contar, no sólo con la defensa, sino incluso con la *acusación*, como garantía básica de conocimiento del reproche que se le formula, y como presupuesto necesario para un proceso contradictorio, lo que de una u otra forma introduce la dimensión de la *responsabilidad* del joven en el proceso. Y por último, supone atribuir al *juez* (y sólo a un *juez*), el papel de decisión, desprovisto de la actual configuración en la que reúne las tres funciones del acusa-

dor, defensor y juez, productora de las mayores ambigüedades y confusiones.

Modificar todos esos aspectos, supone replantearse las bases mismas del sistema, de un sistema concebido con otros parámetros ideológicos y que en consecuencia ni admite, ni puede admitir tales modificaciones.

Pero es que además aún si fuera posible introducir tales reformas, quedarían en pie aspectos importantes de la ley incoherentes con la actual realidad social y con las nuevas concepciones sobre el papel de los jóvenes en la sociedad.

Quedaría en pie la posibilidad de que niños de cinco, seis o siete años pasaran por los tribunales para responder de supuestos actos delictivos y fueran sometidos a medidas «reformadoras». Quedaría en pie la actual confusión entre la facultad protectora y la facultad reformadora, en la que nunca queda suficientemente definido el ámbito de cada una de ellas, la diferencia de supuestos que dan lugar a la aplicación de una u otra, en especial, la confusión con otros órganos de la jurisdicción ordinaria competentes en la misma materia. Y sobre todo, supone mantener la actual ambigüedad y mixificación con respecto a los jóvenes, a los que se interroga llamando al interrogatorio «exploración», a los que se detiene, llamando a la detención «retención», a los que se castiga llamando al castigo «tratamiento», etc. En definitiva, supone mantener intacto el contenido «penal» de la actuación de los tribunales, buscando eufemísticamente ocultar dicho contenido detrás de expresiones y fórmulas no penales, protectoras, que en último extremo nada ocultan y sobre todo en nada favorecen el proceso de maduración y desarrollo de la personalidad de los adolescentes y jóvenes<sup>22</sup>.

## 2.6. Responsabilizar no siempre es culpabilizar

Como opción final, decíamos, se trata de defender la *creación de un derecho penal mínimo para los jóvenes*. Sea cual sea el límite de edad que se establezca por debajo del cual *sólo* deba intervenir la asistencia social aún en caso de comisión de delitos, parece que en la actual fase histórica de nuestra sociedad resulta inevitable que por encima de dicho límite habrá de entrar en juego la justicia penal frente a las conductas consideradas delictivas<sup>23</sup>.

Y no se trata aquí de establecer una esquemática y falsa división entre partidarios y adversarios del derecho penal. A estas alturas del siglo XX y tras experiencias históricas de «despenalización» como la operada a través de las Leyes de Peligrosidad social, el rechazo al derecho penal ha de ser matizado antes de poder reclamar para sí, sin más, la etiqueta de progresista.

Que el derecho penal se aplique «con justicia», esto es, valorando desigualmente las conductas de

quienes son socialmente desiguales —y, por tanto, con mayor rigor a quienes mejores posiciones sociales ostentan—, que se aplique sólo como «última ratio» y que no se aplique como fácil bálsamo para «tapar» situaciones de debilidad social extrema, es una obligación en todo Estado que se proclame social y democrático de Derecho.

Pero ello, nada tiene que ver, con una equívoca contraposición entre justicia y atención social. Las necesidades sociales han de ser atendidas porque expresan condiciones de desigualdad social incompatibles con una sociedad democrática y no porque pueden generar delincuencia. Que exista un derecho penal destinado a los jóvenes (necesitados o no) no sólo no impide la prestación de asistencia y promoción de las condiciones de vida de los más necesitados, sino que de alguna manera, diríamos que la presupone.

La experiencia histórica nos enseña, que cuando se ha «suprimido» el derecho penal (para adultos y jóvenes) y se ha «confundido» con el bienestar social, lo que se ha producido de verdad es un ensanchamiento del área de control, una extensión de la represión penal y una fácil exclusión para no poner en marcha programas de intervención sobre la calidad de vida de la población, no segregantes y no marginadores.

Limitar o incluso llegar a suprimir el derecho penal para los jóvenes tiene un presupuesto esencial: saber que hay un derecho penal que se les aplica. Mientras esa realidad (actual) permanezca enmascarada no avanzaremos en el camino que propugnan los sectores mejor intencionados que se oponen a él y que los autores de este trabajo compartimos en lo esencial.

Por tanto la discusión, actualmente, parece centrarse en los límites de edad en los que habría que aplicar el derecho penal específico de los jóvenes.

Establecer dicho límite demasiado bajo —como hacía el Anteproyecto Provisional de Ley Penal de Menores, elaborado por el anterior equipo responsable del Ministerio de Justicia, que lo situaba en los 10 años— supone establecer una exigencia de *responsabilidad de carácter judicial* (puesto que responsabilidad existe siempre), incompatible con un correcto desarrollo de la personalidad del niño.

En cambio, poner el límite demasiado alto —lo que en el fondo está implícito en las propuestas de suprimir el derecho penal de menores— puede, aparentemente ser más «educativo», más «protector», pero comporta riesgos muy graves para los propios menores. En primer lugar, porque difunde en la sociedad una sensación de impunidad frente a comportamientos, a veces graves, de los jóvenes, que puede dar lugar a actitudes sociales de rechazo más punitivas que las propias de la justicia y sobre todo, sin ningún tipo de garantía para los jóvenes. Y en segundo lugar, porque al mismo tiempo establece un parámetro de *desresponsabilización* de los propios

jóvenes pernicioso para todos ellos como categoría social pero, sobre todo, pernicioso para los jóvenes más débiles desde el punto de vista social.

La responsabilidad es un concepto irrenunciable de nuestra cultura y aún se puede afirmar que la *responsabilidad* —que no hay que confundir con la culpabilidad—, *en cuanto esquema regulador de interacciones de respuesta tendentes a desarrollar sentimiento de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre uno mismo, constituye un derecho inalienable de los jóvenes* (24). La responsabilidad, como decíamos, existe siempre, lo único que varían son las formas de respuesta que dicha responsabilidad supone y el ámbito en el que tales respuestas se producen. Por ello, cuando tales formas de respuesta se producen en un ámbito como el de la actual justicia de menores que se ampara en la *no responsabilidad* de los menores, la respuesta aparece mixtificada, enmascarada y no sólo no ahorra a los jóvenes los procesos de estigmatización y de castigo, sino que tampoco contribuye en nada a su proceso de maduración personal y de su inserción social.

## 2.7. Garantizar la educación, evitar la exclusión social

La declaración con carácter general de irresponsabilidad de los jóvenes tiene por tanto consecuencias negativas importantísimas. En primer término, hace perder a los jóvenes el «status» de *normalidad* —que va siempre aparejado en nuestra cultura a la responsabilidad— con la difusión de imágenes del adolescente o joven como *distinto, anormal, enfermo*, etc., y la consiguiente agravación de sus condiciones de segregación y marginación; introduce, por otro lado, una ruptura incoherente con lo que ha sido el modo normal de interrelación del joven con la sociedad —a través de la familia, la escuela, etc.— basada hasta ese momento en la exigencia de responsabilidad; impide que aparezcan y se desarrollen en el joven actitudes «responsables», fomentan la sumisión y la paricidad en el proceso educativo y en definitiva, acentúan la «irresponsabilidad»; sustituye, por último, el criterio de la responsabilidad por otros criterios mucho más confusos, y sobre todo, mucho más arbitrarios de respuesta, basados en último extremo en el parámetro de la «peligrosidad social», que históricamente han servido para controlar a determinados sectores sociales, los más débiles económica, cultural y socialmente.

Por todo ello, nos parece incuestionable que a partir de determinada edad —trece o catorce años— el único criterio coherente de respuesta frente a los actos delictivos de los adolescentes y jóvenes ha de ser el criterio de la responsabilidad. Ello no quiere decir, obviamente, exigencia de responsabilidad igual que si se tratara de un adulto. En definitiva se

tratará, como decíamos antes, de *limitar, garantizar y adecuar la respuesta penal a la fase evolutiva del adolescente y joven*<sup>25</sup>.

*Limitar*, que quiere decir, que el joven ha de ser enjuiciado sólo por hechos constitutivos de delito, pero no por *todos* los hechos constitutivos de delito. Especialmente en este campo habrá de entrar en juego el *principio de oportunidad* que supone la no intervención penal cuando la escasa relevancia social del hecho o las específicas condiciones del menor hagan o innecesaria o perjudicial para su desarrollo psicoeducativo la adopción de cualquier tipo de sanción.

*Garantizar*, supone, específicamente, que habrán de respetarse los derechos que los menores tienen como ciudadanos, y especialmente el derecho a un proceso rápido, comprensible para ellos y dotado de todas las garantías jurídicas establecidas en el artículo 24 de la Constitución. La idea de que una justicia garantista está reñida con una justicia no formalista, rápida y atenta las necesidades de los menores es absurda. De lo que se trata es de poner los medios —legales, materiales y personales— capaces de augurarle y eso es un problema de voluntad política, no un problema de contradicción interna entre garantías-eficacia.

*Adecuar la respuesta penal a la fase evolutiva de los adolescentes y jóvenes*, supone por último, excluir de la justicia de menores el automatismo que asocia inevitablemente determinada respuesta penal al correspondiente delito, e introducir criterios de enjuiciamiento y adopción de sanciones que, además de tener en cuenta la gravedad del hecho cometido, valoren las condiciones personales, familiares y sociales del menor; supone contar con un catálogo de sanciones (siempre determinadas en el tiempo) amplias, flexibles, dotadas de contenido educativo y susceptibles de ser llevadas a cabo en la mayoría de los casos en el propio medio del menor; supone, por último, estimular y potenciar la participación social en la adopción y ejecución de las sanciones adoptadas, a fin de lograr limitar los procesos de exclusión social y facilitar los procesos de autoafirmación e inserción social de los jóvenes.

(1) Junger-Tas, J. «La Justice des Mineurs Hier et Demain». Ponencia presentada a las Jornadas sobre Educación y Control. Barcelona, diciembre 1987 (en prensa).

(2) Leroy, C. «El juez de menores en la encrucijada entre lo educativo y lo judicial». Ponencia presentada a las Jornadas sobre Educación y Control. Barcelona, diciembre de 1987 (en prensa).

(3) Giménez-Salinas i Colomer, E. «Justicia de menores y ejecución penal». Poder y Control, núm. 0. Pág. 219. Barcelona 1986.

(4) La Greca, J. «Hacia una nueva justicia para menores». Revista de Poder Judicial. Núm. 14. Madrid 1985, y en el mismo sentido González Zorrilla, C. «Epílogo. La justicia de menores en España». Editorial Teide. Barcelona, 1985.

(5) West, D. «La delincuencia juvenil». Editorial Labor. Barcelona, 1970.

(6) Andrés Ibáñez, P. «El sistema tutelar de menores como

reacción penal reforzada» en *Psicología Social y Sistema Penal* Compilación de Florencio Jiménez Burnillo y Miguel Clemente. Madrid, 1986

(7) Dorado Montero. «Los peritos médicos y la justicia criminal». Madrid, 1905

(8) Giménez-Salinas i Colomer, E. «Menores en conflicto. ¿Quién los protege?». *Revista de Trabajo Social*. Barcelona 1988 (en prensa).

(9) Platt, A. «Los salvadores del niño» Pag. 31 Madrid, 1982.

(10) Santiago Sanchez, R. «¿Estado de Bienestar?». *Revista de Trabajo Social*. Núm. 108. Barcelona, diciembre 1982.

(11) Jünger-Tas. Ob. cit. Barcelona, 1987.

(12) Aún hoy sorprende como en Alemania, Holanda y Bélgica proliferan todavía las asociaciones privadas que se dedican al trabajo social con delincuentes y especialmente con los jóvenes. En Alemania parece que las denominadas medidas informales son ejercidas en su casi totalidad por Organismos privados.

(13) Giménez-Salinas i Colomer, E. «Las medidas aplicables al menor en el Derecho Penal Español». Tesis Doctoral inédita. Barcelona 1978.

(14) Barbero Santos, M. «Delincuencia Juvenil Tratamiento». Págs. 141 y 55. Santiago de Compostela, 1973.

(15) Jünger-Tas. Ob. Cit. Barcelona, 1987.

(16) Desgraciadamente no siempre dichas posturas son patrimonio de los antidemócratas confesos. Recientemente hemos podido escuchar de boca de algunos representantes políticos, críticas a los jueces porque, en su opinión, su excesiva preocupación por «los derechos humanos de los terroristas» les impide colaborar más eficazmente en la lucha antiterrorista. En un caso y en otro, hay que dejar bien claro que la negación de los derechos humanos a cualquier individuo o colectivo (sean menores, terroristas u otro cualquiera) es el primer eslabón que conduce a la negación de sus mismos derechos a toda la colectividad.

(17) Y digámoslo una vez más para evitar malas interpretaciones: por encima incluso de la entrega abnegada y la mejor voluntad de muchos servidores de dicha justicia, que con su labor han contribuido a humanizar su aplicación, pero obviamente, no a cambiar sus bases ideológicas.

(18) Vid. entre los más recientes, Andres Ibáñez, P. (1986). «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada» en *Psicología social y sistema penal*. Madrid, Alianza Universidad; Cuesta, José Luis de la (1986) «La reforma de la legislación tutelar: ¿un Derecho Penal de menores y jóvenes?» en *Los de-*

*rechos humanos ante la criminología y el Derecho Penal*, San Sebastián, Universidad del País Vasco; Giménez-Salinas, E. (1986) *Justicia de menores y ejecución penal* en «Poder y Control», número 0; Gonzalez Zorrilla, C. (1985) «La justicia de menores en España» epílogo a Leo, G. *La justicia de menores*, Barcelona, Teide; Movilla Alvarez, C. (1985). *Notas sobre una reforma de la justicia de menores en «Poder Judicial»*, número 16.

(19) Giménez-Salinas, E. «La reacción social a la delincuencia juvenil» ponencia presentada en la Escuela de Verano de Educadores Especializados «Flor de Maig», Barcelona, julio 1986 (en prensa); y Movilla Alvarez, C. op. cit.

(20) Lo cual no quiere decir, obviamente, que la situación de necesidad deba ser indiferente al juez a la hora de valorar sus actos. Una justicia «justa» ha de tener en cuenta esas circunstancias. Lo que no puede es basar su acción en dicha situación de necesidad so pena de difuminar sus contornos, y abrir paso a una peligrosa «judicialización» de la actuación estatal frente a las necesidades sociales.

(21) Para un análisis de los «efectos perversos» de las medidas socio-asistenciales en relación con menores en «riesgo» en Inglaterra. Gales vid. Costa, C. *Interazione tra sistema penale e sistema sociale. Analisi di una riforma mancata* en «Rassegna di Criminologia», vol. XVI fase 1 (1985)

(22) Sobre el tema vid. Fransoy, P.; Bellido, J.; Funes, J.; González, C. *Els nens de carrer*, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, 1986, págs. 111 i ss. i 316 i ss.

(23) Al menos en nuestro país no parece haber una discusión seria sobre el tema del «aboliciónismo penal». Sobre dicho tema en el ámbito europeo vid. especialmente, Christie, M. *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Europeo, México, 1984; Hulsman, L. y Bernat de Celis, S. *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984; Pavarini, M. *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo* en «*Dei delitti e delle pene*», número 3, 1985; Garcia Méndez, E. *La dimensione politica dell'abolizionismo. Un punto di vista periferico* en «*Dei delitti e delle pene*», número 3, 1985; Smaus, G. *Modelli di società nel movimento abolizionista* en «*Dei delitti e delle pene*», número 3, 1985.

(24) Vid. de Leo, G. «Responsabilità: definizioni e applicazioni nel campo della giustizia minorile» en Ponti, G. *Giovani, responsabilità e giustizia*, Giuffrè, Milano, 1985.

(25) Funes, J. i Gonzalez, C. «Joventut i marginació» en *La joventut a la Catalunya dels 80*, Diputació de Barcelona, 1983.

# Desviación juvenil e intervención judicial en Italia

Livio PEPINO

1. Forma parte de la cultura acerca de los menores, a nivel internacional, un *leitmotiv* constituido por la afirmación de que toda intervención sobre la desviación juvenil debe tener como objetivo primario —si no exclusivo— la «reeducación» (incluso, tratándose de muchachos se ha dicho que sería más propio hablar de «educación» sin más). Se afirma, aún, que esto no se debe (solamente) a actitudes indulgentes de carácter ideológico sino al interés de la sociedad porque aquéllos «crezcan bien» y «no cometan delitos»; y se concluye, coherentemente, que en el ámbito de los menores la punición no debe nunca constituir un fin en sí misma (es decir responder a una óptica *retributiva*) sino darse —cuando no se pueda prescindir de ella— con vistas a producir un cambio en quien es su destinatario.

El consenso sobre este planteamiento de fondo —aún cuando sea con muchos *matices* a los que no serían capaces de renunciar sociólogos y juristas— es generalizado. El problema se encuentra en otra parte: en la dificultad de encontrar un sistema capaz de hacer reales esos objetivos. En este punto, efectivamente, los caminos se dividen, tanto en el plano de las orientaciones culturales como de las opciones normativas (bastante diferentes en los distintos países).

En el panorama de la experiencia comparada el «caso italiano» presenta una particularidad específica, caracterizado como está por la aparente paradoja —subrayada por muchos observadores extranjeros— de la ausencia (al menos en la práctica) de medidas «reeducativo-correccionales» y la consiguiente reducción de la intervención judicial a las medidas «civiles» y «penales».

En realidad no ha sido siempre así. Y de las vicisitudes históricas que han llevado a la actual situación pueden obtenerse indicaciones y pautas de bastante utilidad.

2. La «moderna» forma de intervención sobre la desviación de menores nació en Italia durante el fascismo, con la ley creadora de los tribunales para menores (Real Decreto Ley de 20 de julio de 1934, n. 1404), bajo la presión de los grandes movimientos humanitarios surgidos durante los decenios precedentes a nivel mundial, pero al mismo tiempo marcada con el estigma autoritario propio de aquel régimen.

La novedad de mayor relieve de ese instrumento legislativo (más allá de la creación expresa de un órgano judicial para menores) fue la previsión de medidas de corrección (también llamadas de reeducación o de educación vigilada) tendentes a introducir un *control social reforzado* sobre la desviación, caracte-

rizado por formas de coacción legal. Tales medidas, consistentes inicialmente en la exclusiva «asignación de los extraviados a los reformatorios para los necesitados de corrección» (artículo 25 Rdl n. 1404/1934), se modificaron y enriquecieron a raíz de la ley de 25 de julio de 1956 n. 888, que estableció dos categorías: el internamiento en «casas de reeducación o instituciones médico-psico-pedagógicas» y la «puesta a cargo del servicio social de menores».

Las características fundamentales de ese sistema son: a) el presupuesto para la aplicación de las medidas es no la ejecución de un hecho delictivo, sino la existencia de comportamientos contrarios a la *normalidad* y considerados pre-delincuenciales, encuadrados según los casos en las categorías de «corrupción» (Rdl n. 1404/1934), «irregularidad de la conducta» (ley n. 888/1956) o «desviación» (según una definición hoy corriente aún cuando no acogida por los textos legales); b) la consiguiente intervención se encuentra desvinculada del principio de estricta legalidad y se funda sobre todo en valoraciones de oportunidad, con la consecuencia, entre otras, de que las medidas adoptadas no son nunca de duración predeterminada sino que se prolongan «mientras sea necesario» con el único límite del acceso a la mayor edad; c) la aplicación de tales medidas se confía al juez y su gestión a la administración central del Estado (Ministerio de Justicia) y a operadores bajo su dependencia.

Se trata, si bien se mira, de la prolongación del *ius corrigendi* de los padres (o, más exactamente en base a la cultura y a la legislación de la época, del padre) que participa bien poco de las características típicas de la jurisdicción: no por casualidad el Rdl n. 1404/1934 definía como *administrativas* las atribuciones del tribunal de menores al respecto («competencia administrativa» es, en efecto, la rúbrica de la parte III de la ley en cuestión).

Esta competencia del tribunal todavía se mantiene (y permanece formalmente inmodificada, al menos por lo que se refiere a la tipología de las medidas) pero —como se ha dicho— se trata de atribuciones carentes ya de proyección concreta en la práctica aplicativa.

En las correspondientes vicisitudes históricas cabe —aun cuando sea con el carácter aproximativo que comporta cualquier esquematización— individualizar tres fases.

Una primera comprende el período que va desde la publicación de la ley de menores de 1934 hasta el comienzo de los años 50. Se caracterizó por la existencia de estructuras de notables dimensiones (reformatorios para los necesitados de corrección o

casas de reeducación), rigidamente cerradas y poco permeables hasta en la comunicación con los familiares, predispuestas para ejercer un tipo de intervención correctivo-terapéutica sobre el menor que «por los hábitos contraídos diera pruebas manifiestas de corrupción y apareciera necesitado de *corrección moral*» es la dicción originaria del artículo 25 de la ley de menores). La ideología inspiradora emerge en términos sumamente explícitos en el artículo 68 del reglamento de las casas de reeducación de 1939 que —con referencia específica a la educación escolar pero con alcance general— sitúa la finalidad de la intervención en «hacer conocer bien al menor cual ha sido el error por él cometido al desertar del camino del deber, y como puede retornar dignamente entre los buenos ciudadanos». Aún prescindiendo de la terminología, es clara la concepción subyacente: la desviación es una opción de carácter ideológico-moral, que exige como respuesta actuaciones correctoras consistentes en *enseñanzas y condicionamientos* que han de producirse mediante el internamiento en estructuras separadas. Este sistema llevó a casa de reeducación, durante los años 30 y 40, a miles y miles de muchachos y muchachas «culpables» de vagabundeo, de prostitución o incluso de desobediencia a la autoridad paterna. Al final de la segunda guerra mundial el sistema comenzó a dar muestras de hallarse en crisis: lo decepcionante de los resultados vino a demostrar su inadecuación y un análisis más profundo puso de manifiesto cuales son los límites de una interpretación de la desviación como categoría moral.

Esta nueva conciencia determinó, primero, una cauta apertura al exterior de las casas de reeducación, y, después, el inicio de una nueva fase de las medidas administrativas: la del *tratamiento científico*. El «terapeuta» sustituye al «preceptor»: las causas de la desviación se buscan en anomalías médico-psicológicas y entran consecuentemente en escena médicos, psicólogos, psiquiatras. Las nuevas consignas son «observación» y «tratamiento» (naturalmente acompañados del adjetivo «científico» y los nuevos instrumentos operativos —introducidos con la ya citada ley n. 888/1956— son los «institutos de observación» y los «gabinetes e institutos médico-psico-pedagógicos»). Tampoco tardó, en cerrarse la etapa del tratamiento científico, pero, fueron precisamente los especialistas integrados en las estructuras de menores quienes se encargaron de proclamar que la observación y el tratamiento son imposibles o deformantes cuando se dan en ambientes cerrados y se imponen coactivamente. Así fue adquiriendo cada vez mayor difusión la percepción de que la desviación no es «extravío moral» y tampoco enfermedad, por lo que no son los especialistas separados quienes podrían curarla. De ahí el paso a un segundo plano de aquellas instituciones que pocos años antes habían sido propuestas como la clave de bóveda de un nuevo sistema.

El sector administrativo —estamos ya al final de los años 60 con todo el fermento cultural que los caracterizó —comienza a romper la tradicional «separación». Mientras siguen sin ver la luz «escuelas», laboratorios y centros de recreo *especiales*» (cuya ambigüedad aparece cada vez más clara), las casas de reeducación primero se despueblan (las jornadas de asistencia a tales instituciones pasaron de 1.412.695 de 1963 a 755.992 en 1968, hasta llegar a las 323.995 de 1977) y por tanto, progresivamente cerraron sus puertas. De las estructuras confiadas al sector administrativo las únicas que conocen aún alguna utilización son «los hogares de semilibertad» y los «pensionados juveniles» (instituidos por la citada ley de 1956) funcionando ya no como instrumentos de segregación sino de reinserción: en los primeros años 70, mientras las casas de reeducación tuvieron que cerrar, se abrieron sin embargo en todo el territorio nacional 27 estructuras de aquellas características.

Pero la ideología de la antisegregación fue minando la base del sector administrativo. La percepción difusa de que la desviación (al menos en su mayor parte) es un fenómeno ligado no al extravío moral o a patologías individuales sino que, como fenómeno social, tiene por inevitable consecuencia la convicción de que sólo puede ser combatido en el terreno en que se produce: de aquí el acento sobre la prevención, pero también la irreversible superación de cualquier intervención especializada de carácter separado. A este planteamiento le sigue, a finales de la década de los 70 (decreto del Presidente de la República n. 616/1977), la transferencia de las competencias «administrativas» del Ministerio de Justicia a los entes locales.

El Estado cierra las estructuras «reeducativas» propias que aún le quedan y los entes locales (Regiones y Ayuntamientos) no abren otras nuevas. La fase administrativa concluye de este modo, en la práctica, aunque no en la ley.

3. La desaparición del sector administrativo es obvio que no produce milagros. Y no es necesario el énfasis de los opositores al «nuevo curso» para comprobar que el aparcamiento del instrumento reeducativo no determina por sí sólo la eliminación de la desviación. Se abre así un período (todavía en curso) de definición de nuevos instrumentos de intervención y de revisión de los existentes.

La pérdida de vigencia de las medidas administrativas dejó el campo a dos posibles ámbitos de intervención judicial: el civil y el penal. El empobrecimiento instrumental puso de manifiesto carencias y retrasos en el análisis que hasta entonces habían pasado desapercibidos, no siempre compensados por la necesaria tensión ideal, pero introdujo un elemento fundamental de claridad *conceptual y práctica*: ya no caben superposiciones —generadoras de confusión y mistificantes— de finalidades heterogéneas como control social, castigo y apoyo/ayuda; las

actividades de ayuda y las intervenciones sancionadoras deben ser restituidas cada una a su propia sede: a la jurisdicción civil las primeras, y a la penal las segundas. En lo sucesivo será preciso contar con este dato, que no permite ambigüedades.

La ley creadora de los tribunales de menores dedica un solo artículo a la competencia civil de esa jurisdicción (y sólo para efectuar un reenvío a las normas contenidas en el código civil). En coherencia con este planteamiento marginador, en los años del fervor por lo administrativo, la jurisdicción civil permaneció totalmente ausente del sector de la desviación (como por otra parte, tuvo escasa presencia en el ámbito de los menores en general).

Pero los años no pasan en vano y el cuadro experimentó modificaciones, tanto en la práctica como en la disciplina administrativa.

Un primer fenómeno constatable en esta dirección fue la extensión del ámbito clásico de las medidas civiles, originariamente dirigidas a la protección de los menores de las conductas perjudiciales de sus padres (pérdida o limitación de la patria potestad, previstas en los artículos 333 y siguientes del código civil), y que fueron gradualmente ampliándose a la protección en general, como consecuencia de la toma de conciencia de que son diversos —y no sólo el desamparo paterno— los factores que condicionan negativamente el desarrollo (ambiente, carencias de escolarización, falta de trabajo, institucionalización prolongada, etc.). La extensión cuantitativa se vió acompañada por un crecimiento cualitativo: la actividad jurisdiccional civil se configuró como intervención judicial *fuerte*, de carácter promocional, orientada a implicar a las instituciones en una tarea global de defensa y desarrollo de los derechos de los menores. De aquí un nuevo tipo de relación entre jurisdicción y administración (original a todos los efectos aunque aún no completamente definido) con superación del modelo clásico de la *separación* y búsqueda de una *colaboración institucional* que culminó en la previsión del Dpr n. 616/1977, definidor de una esfera específica de intervención respecto de los menores individualizada con referencia al hecho de que los mismos queden «sujetos a las decisiones de las autoridades judiciales de menores en el ámbito de la competencia administrativa y civil» (artículo 23, b). La proyección concreta de este sistema de relaciones ha sido, en el ámbito de la adolescencia, la multiplicación de las intervenciones judiciales «confiando» a los Ayuntamientos menores en dificultades con el encargo de adoptar en relación con los mismos medidas de apoyo de carácter escolar, laboral, de alojamiento, de tiempo libre, etc. (y ello aun cuando las respuestas de los entes locales a tales solicitudes son a menudo inadecuadas).

En segundo lugar, la jurisdicción civil se decantó cada vez más hacia una «estrategia del consenso» más que a una «estrategia de la autoridad». La transformación —seguida de consecuencias prácti-

cas de notable relieve— es fruto no sólo de las orientaciones culturales antes recordadas, sino también de cambios administrativos, introducidos sobre todo por la ley de 8 de marzo de 1975 n. 39 (nueva disciplina de la mayor edad), 19 de mayo de 1975 n. 151 (nuevo derecho de familia), 22 de mayo de 1978 (disciplina de la interrupción voluntaria del embarazo) y 4 de mayo de 1983 n. 184 (disciplina del acogimiento y de la adopción). Como consecuencia de todo este complejo normativo no sólo se adelantó a los 18 años la edad de la plena emancipación juvenil, sino que se afirmaron algunos principios innovadores en orden a la relevancia de la voluntad y del consentimiento del menor cuyo alcance trasciende las disposiciones específicas. Piénsese, por citar sólo algunos ejemplos, en el hecho de que la educación y la instrucción de los menores deben producirse «teniendo en cuenta las capacidades, las inclinaciones naturales y las *aspiraciones*» de los mismos (nueva redacción del artículo 147 del código civil); en que, en materia de interrupción voluntaria del embarazo, toda decisión —aunque sujeta a la vigilancia del juez tutelar— se defiende a la menor sin interferencia de adultos (artículo 12 ley n. 194/1978); que también los menores de 18 años pueden disfrutar de la «administración bajo prescripción médica, en las estructuras sanitarias y consultorios, de los medios necesarios para conseguir los fines libremente elegidos en orden a la procreación responsable» (artículo 2 ley n. 194/1978); que la adopción del menor mayor de 14 años requiere su consentimiento (artículos 25 y 45 ley n. 184/1983) y el acogimiento familiar y la autorización de la adopción del mayor de 12 años exigen que se le oiga previamente (artículos 4 y 15 ley n. 184/1983). Concorre en esta nueva orientación normativa, no sólo una concesión al *realismo* sino también un reconocimiento específico del joven como titular de derechos (y por consiguiente como *interlocutor* y no sólo puro *destinatario* de decisiones que le son ajenas).

El cuadro innovador se ha visto completado por una profunda revisión de los instrumentos «asistenciales» (necesario soporte de las resoluciones civiles), en el sentido de la superación del sistema despersonalizador de los internamientos en instituciones o estructuras afines. Fue en particular la ley n. 184/1983 la que acabó con ellos, al disponer que el menor «temporalmente privado de ambiente familiar adecuado» sea «confiado a otra familia, persona o comunidad de tipo familiar» y, sólo en el caso de que tal cosa resulte imposible, internado en institutos de asistencia públicos o privados (artículo 2), disponiendo además la ampliación de la posibilidad de adopción a todos los menores *cualquiera que sea su edad* en situación de abandono moral o material.

Es evidente el efecto de este cuadro normativo en términos de nuevas actitudes culturales destinadas a sustituir a las que habían precedentemente servido de base al modelo de intervención administrati-

va, con cambios incluso *en el interior* de los mismos instrumentos o instituciones preexistentes. Resulta particularmente ilustrativo al respecto lo acaecido con la «puesta a cargo del servicio social», prevista —según se ha dicho— como medida administrativa y que con esa configuración ha caído en desuso, que se ha visto replanteada y ampliamente utilizada en el ámbito civil. Con la sustancial diferencia de que en este campo lo que se persigue con tal medida es la realización de conciertos en el marco territorial concreto, y el asistente social encargado no actúa como *terapeuta separado*, sino como *cauce* para una relación más correcta y productiva entre menor y realidad social circundante.

4. Junto a las intervenciones de ayuda el sistema prevé otras de carácter punitivo, es decir penal.

En la época de la reeducación este sector estaba considerado como un mal necesario pero transitorio, al que no convenía dedicar demasiadas energías y reflexión. Los problemas subyacentes (con sus peculiaridades y contradicciones) eran sustancialmente resueltos, gracias también a una opción del legislador de 1934, que no diferenciaba de manera significativa el sistema penal de los adultos del de los menores, limitándose —por ello— a una adaptación de las formas procesales y a la atenuación del rigor de las sanciones.

Cuando, por otra parte, el control social reforzado de las medidas administrativas perdió vigencia, y el sector penal pasó a ser la única sede en que cabía el empleo de la coacción, el desinterés y las transferencias dejaron de ser posibles. Sobre esta base se produjeron un debate y una profundización antes desconocidos, con la aparición de nuevas prácticas y de intervenciones *ad hoc* de carácter normativo (o de la Corte Constitucional).

El esquema del derecho penal de menores (procesal, sustancial y penitenciario) vigente en los años 70 —similar en sus grandes líneas al originario— se caracteriza por responder a algunos principios fundamentales: a) el juicio se produce ante un tribunal especializado (precisamente el tribunal para menores, compuesto por dos jueces de carrera y dos jueces *laicos*, nombrados entre expertos en «biología, psiquiatría, antropología criminal, pedagogía y psicología») a cuya competencia escapan, por otra parte, los menores coimputados con adultos, caso éste en que el enjuiciamiento se remite a los jueces ordinarios; b) el sistema sancionatorio es —con respecto al de los adultos— más articulados y elástico: la imputabilidad del menor entra en juego sólo a partir de los 14 años (y por consiguiente el que no alcance esa edad está siempre exento de pena, aun cuando cabe la posibilidad de internamiento en reformatorio judicial, en los casos de probada peligrosidad social); incluso en la franja de edad comprendida entre los 14 y los 18 años la imputabilidad no se presume (salvo prueba en contrario), como en el caso de los adultos, sino que debe

ser acreditada en concreto y solo en caso positivo podrá producirse una condena; para los menores se haya prevista una forma particular de indulgencia, el perdón judicial (puede concederse por delitos de pequeña y mediana gravedad cuando se formule una prognosis de no comisión de ulteriores infracciones); existe también para menores de 18 años la institución de la suspensión condicional de la pena; en caso de condena, en fin, el menor tiene derecho a una atenuante específica —en razón de la edad— con reducción de hasta un tercio de la pena; c) el proceso cuenta con algunas peculiaridades, como la previsión de una investigación específica —desarrollada sin formalidades procesales— dirigidas a determinar las características subjetivas del imputado, y también una especial tutela de la intimidad del menor que permite la celebración del juicio «a puerta cerrada»; d) desde el punto de vista penitenciario las diversidades normativas más relevantes son la posibilidad de concesión de la liberación condicional (es decir, una especie de «libertad a prueba») en cualquier tiempo, y también una amplia posibilidad de admitir el trabajo fuera de la cárcel sin necesidad de custodia.

Sobre este esquema —inalterado en lo esencial de su estructura— han venido inscribiéndose durante los años 80 (y a finales de la década anterior) profundas modificaciones en la ley y en la práctica. Se eliminó, antes de nada, toda derogación de la competencia de los tribunales de menores (sentencia n. 222/1983 corte constitucional, que siguió la línea de precedentes pronunciamientos parciales contenidos en las sentencias n. 88/1962 y 130/1963) con la consecuencia de que los menores tendrán que ser siempre juzgados por la autoridad judicial especializada y también, por consiguiente, aún cuando resulten imputados con adultos.

Tanto en el plano procesal como en el sancionador, se han registrado con posterioridad importantes innovaciones.

En el ámbito procesal se ha producido un *iter* que, partiendo de la abolición de toda prohibición de concesión de libertad provisional a los imputados menores de 18 años (sentencia n. 46/1978 corte constitucional) y desarrollando la afirmación del juez de constitucionalidad según la cual la cárcel debe ser considerada para el menor como *extrema ratio* de carácter excepcional, llega a una drástica reducción de los términos de custodia cautelar para los menores (distinguiendo por primera vez entre menores y mayores de 16 años) y a la previsión —aun cuando regulada de forma tortuosa— de que para ellos deja de ser obligatoria la emisión de mandato u orden de captura por parte del juez (cfr. artículos 4 y 9 de la ley n. 398/1984, que mantienen, por otra parte anacrónicamente invariada, la disciplina del arresto obligatorio en caso de flagrante delito y de la detención policial).

Es, por lo demás, el dispositivo sancionador el que

ha conocido las innovaciones de mayor relieve (y al mismo tiempo anomalías, porque son fruto de la praxis interpretativa más que de reformas legales). Se trata de un uso de la categoría de la no imputabilidad por inmadurez en clave *social* (mas que médica o psicológica) que se transforma en vehículo de una masiva *despenalización de hecho* (no carente de deformaciones aplicativas y de algunas ambigüedades, pero difícilmente alcanzable de otro modo en la actualidad —incluso tratándose de delitos de escasa gravedad— puesto que se halla vigente el principio de obligatoriedad de la acción penal en el ordenamiento italiano).

En el plano penitenciario, en fin, se da en la práctica la tendencia a propiciar una ampliación del trabajo extracarcelario (hasta comprender dentro de él cursos formativos de carácter no propiamente laboral) y a permitir una generosa aplicación de las medidas alternativas a la detención (como son la semi-libertad y la puesta a prueba, a cargo del servicio social).

El resultado de esta evolución ha sido la plasmación de un sistema penal bastante más dúctil y articulado que el precedente (aun cuando todavía aquejado de graves carencias, sobre todo en el ámbito sancionador, donde continúa siendo demasiado a menudo inevitable la aberrante alternativa entre la cárcel y nada).

5. Para concluir esta larga historia (de forma provisional, puesto que se avecinan importantes novedades de la mano de un nuevo código procesal penal y de reforma de la justicia de menores) no pueden faltar algunas consideraciones valorativas, si quiera sea como simples apuntes:

a) La abolición del sistema *correcional* (las llamadas medidas administrativas) no ha producido en modo alguno los desastrosos resultados en orden al crecimiento de la desviación que habían sido preconizado por muchos, y tampoco ha determinado la ampliación del área de lo penal que otros temían. Si se dió, ciertamente, en particular durante los años 70, un aumento de los ingresos en prisión, pero el fenómeno se ha estabilizado en los últimos años en una cifra anual escasamente superior a las 5.000 unidades, bastante próxima por tanto a la de 4.664 del año 1969. La delincuencia de menores es, en su conjunto, el único sector delincuencia (de entre todos los individualizados por referencia a la edad) estadísticamente estable o incluso en regresión en un contexto de aumentos generalizados.

b) El desplazamiento del eje de las políticas relativas a los menores de las medidas administrativas a las de carácter civil ha tenido la relevante significación de desmitificar la centralidad de la intervención judicial, que ha recuperado su sentido natural (en éste como en cualquier otro sector de la desviación, comenzando por las tóxicodependencias) de intervención excepcional y de segundo orden, a que debe acudir únicamente cuando han

fracasado las medidas y actividades ordinarias de carácter social. Así la intervención judicial ha pasado a ser más que un sustituto un activador (poniendo sobre la escena institucional un nuevo modo de relación entre jurisdicción y administración). De este modo resulta, al menos desde el punto de vista teórico, que la realidad italiana se ha revelado abigarrada y deforme («con piel de leopardo») con áreas caracterizadas por el fervor y la originalidad de las iniciativas y otras —bastante más difundidas— marcadas por una inercia desoladora.

c) Ninguna adquisición es nunca definitiva. Y así sucede que las medidas administrativo-correccionales, superadas por la experiencia y por la historia, vuelven a hacerse visibles, únicamente lavado el rostro en las definiciones, en parte a consecuencia de la falta de iniciativas en el sector de la prevención. En cabeza de este planteamiento *revanchista* aparece la reiteración —datos en mano— de que la intervención penal es suficiente para realizar el «control social reforzado» allí donde sea necesario y que, también en el plano conceptual, si ha de darse un control reforzado, parece preferible que ello suceda en sede penal (donde incide sobre *conductas* y con garantías formales) antes que en sede administrativa (donde se ejerce sobre la *personalidad*, con discrecionalidad amplísima y con connotaciones autoritario-paternalistas no excluidas por la circunstancia de que su gestión aparezca encomendada a operadores de bata blanca y no de toga negra, como se ha dicho con fórmulas gráficas).

d) La supervivencia de un sector penal de menores no excluye la necesidad de una profunda reforma (sobre todo por lo que afecta al sistema sancionador) y tampoco la ambición y la tensión ideal hacia el objetivo de «liberarse de la necesidad de la cárcel». Pero esta última meta sólo será alcanzable cuando se amplien las intervenciones de ayuda en el plano social, y su realización únicamente resultará significativa en la medida que no se limite a borrar el nombre de la cárcel, dejando inalterada su sustancia.

---

(\*) El carácter informativo de este artículo hace inoportuna la inserción de notas. Me parece, sin embargo, obligada la indicación ya que no de una bibliografía mínima, al menos de algunos trabajos que, por los temas aquí analizados, pueden servir como punto de referencia y para acceder a un conocimiento más profundo. Me refiero en particular a A. C. Moro, (*Minorenni*) *centro de rieducazione y Minorenni (tribunale per i)*, voces de la *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 558 y 567.

G. La Greca, *La devianza minorile: evoluzione delle interpretazioni e degli interventi*, en Varios Autores, *Giudici, psicologi e delinquenza giovanile*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 199.

T. Bandini y U. Gatti, *Evoluzione e crisi del sistema della giustizia minorile. Una difficile scelta tra punizione e educazione*, en *Dei delitti e delle pene*, 1983, p. 341.

L. Pepino, *Regole e paradossi del processo penale minorile*, en *Questione Giustizia*, 1986, p. 400.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

**EL RECURSO DE AMPARO**

José L. Cascajo Castro  
y Vicente Gimeno Sendra

**LEGISLACION PROCESAL  
LABORAL**

Edición de Juan Luis Gómez Colomer

**DERECHO PROCESAL CIVIL,  
LABORAL Y CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVO. Parte General.**

Antonio María Lorca Navarrete

**COMUNIDADES EUROPEAS.**

**Textos básicos.**

Edición de Julio D. González Campos  
y Manuel Desantes Real

**LEGISLACION ORGANICA  
Y PROCESAL.**

**Sistematizada y concordada**

Edición de Juan Montero Aroca  
(coordinador), Manuel Ortells Ramos,  
Juan Luis Gómez Colomer, Blanca Pastor  
Borgoñón, María José Marcarell Navarro,  
Silvia Barona Vilar, José Antonio Rodríguez  
Pedrero e Ignacio Agreda Prieto

**DERECHO PROCESAL PENAL**

Antonio María Lorca Navarrete

**LEY ORGANICA DEL PODER  
JUDICIAL Y ESTATUTOS  
ORGANICOS (3.ª edición)**

Edición de Víctor Moreno Catena

**EL PODER JUDICIAL**

Perfecto Andrés Ibáñez  
y Claudio Movilla Alvarez

**LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL  
(5.ª edición)**

Edición de Víctor Moreno Catena

**JUZGADOS Y TRIBUNALES  
ESPAÑOLES. Orígenes y  
atribuciones antes y después de la Ley  
Orgánica del 1 de Julio de 1985**

Alberto Montón Redondo

**LEY DE ENJUICIAMIENTO  
CRIMINAL (4.ª edición)**

Edición de Víctor Moreno Catena

**DERECHO PROCESAL  
ORGANICO**

Antonio María Lorca Navarrete

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

Edición de Miguel Sánchez Morón

**ASPECTOS PROCESALES  
DE LA EXTRADICION  
EN DERECHO ESPAÑOL**

Blanca Pastor Borgoñón

**JURISPRUDENCIA REGISTRAL  
(1978-1985)**

Edición de Manuel Amorós Guardiola  
y Antonio Pau Pedrón

**EL CONFLICTO ENTRE  
ORGANOS CONSTITUCIONALES**

Francisco Javier García Roca

**JUSTICIA ADMINISTRATIVA**

Edición de Rafael Fernández Montalvo

**EL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL.**

**Formularios y doctrina procesal.**

Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui

**LA ARGUMENTACION MORAL  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
(1940-1975)**

Carlos Pérez Ruiz

**LA SENTENCIA EXTRANJERA EN  
ESPAÑA Y LA COMPETENCIA  
DEL JUEZ DE ORIGEN**

Alfonso Luis Calvo Caravaca

EDITORIAL TECNOS

Josefa Valcárcel, 27-28027 MADRID-Teléf. 742 81 11

De venta en las principales librerías.  
Solicite catálogo al aptdo. 14612 Ref. D de C 28080 MADRID  
Comercializa GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL, S. A.  
Don Ramon de la Cruz 67 28001 MADRID Tel. 401 12 00

# La justicia de menores en Francia

Michele COLIN

La revolución industrial contemporánea a la Monarquía del siglo XIX, fue el origen en Francia de la condición obrera. Se produjo la concentración urbana y, como consecuencia de ella, la delincuencia.

Los menores, en otros tiempos internados en prisiones de adultos, fueron cada vez más objeto de atención, bajo el impulso de movimientos de opinión de corte humanitario o de instituciones de caridad.

Más adelante el progreso de la «ciencia penitenciaria», las nuevas concepciones psicológicas y pedagógicas, van a llevar progresivamente a las Instituciones a replantearse el problema del tratamiento de la delincuencia juvenil, más desde el punto de vista de la protección que desde el aspecto represivo.

Las Ordenanzas de 1945 —texto clave de la justicia penal de menores hasta hoy— se basaron en ello desde su entrada en vigor al final de la Guerra. «Hay pocos problemas tan graves como los que conciernen a la protección de la infancia, y entre ellos más aún los que se refieren a la infancia trasladada a la justicia. Francia no es tan rica en niños para que pueda descuidar todo lo necesario para que sean sanos. La guerra y los trastornos de orden material y moral que ha provocado, han acrecentado la delincuencia juvenil en proporciones inquietantes. La cuestión de la infancia culpable es una de las más urgentes en esta época. Este proyecto de Ordenanza atestigua que el Gobierno Provisional de la República Francesa, quiere proteger eficazmente a los menores, y más aún a los menores delincuentes.»

Este imperativo de protección atribuido a la Justicia en el marco penal, va a generalizarse progresivamente; posteriormente a emanciparse de la Justicia Penal, y a extenderse al niño víctima de la precariedad y las carencias educativas. Entonces se le confiará al Juez una misión, civil, de protección.

Sin embargo esta función no se le encomendará hasta después de producirse toda una evolución de la justicia penal de los menores.

El problema de la responsabilidad penal del menor ha estado subordinado durante mucho tiempo a la cuestión del discernimiento. La respuesta —nacida de la íntima convicción del Juez— implicaba, según fuera afirmativa o negativa, la condena o la absolución.

Pero tanto si eran absueltos como condenados, los menores se encontraron rápidamente alojados en el mismo lugar. En correccionales o casas de reeducación.

A partir de 1830, y por iniciativa privada, se multiplicaron los establecimientos de carácter educativo habilitados para recibir a menores, habitualmente instalados en zonas rurales.

La célebre colonia agrícola de Mettray se creó en 1837. Pero hasta 1850 no se hace oficial la práctica de las denominadas «colonias penitenciarias de jóvenes». Rápidamente estas instituciones fueron objeto de campañas de prensa que denunciaban su violencia y carácter represivo.

La Ley de 1889, en la decadencia de los derechos inherentes a la patria potestad y en el nombre de la protección a la infancia maltratada, fue precursora de la Ley de 1898 para la represión de las violencias cometidas por o contra los menores. Desde entonces le estuvo permitido al Juez confiar al niño a una persona digna de confianza o a una institución de caridad.

Finalmente, la Ley de 22 de julio de 1912 introdujo la posibilidad de libertad vigilada del menor, que desde ese momento podía permanecer con su familia bajo el control y vigilancia del delegado del Juez.

Fue esta Ley la que puso fin a la cuestión del discernimiento, y creó la jurisdicción especializada que es el Tribunal de Menores.

En vísperas de la Segunda Guerra Mundial la evolución legislativa se traduce, pues, en la supresión del problema del discernimiento, la sustitución de la educación enmarcada en la sanción penal, y la creación de una jurisdicción especializada.

Las Ordenanzas de 2 de febrero de 1945 vinieron a afirmar que, aun siendo prioritario el aspecto educativo y la consideración de la personalidad del joven, antes que sus actos, el tratamiento de la delincuencia juvenil es cuestión reservada a la Ley.

Proclaman el principio de la irresponsabilidad del menor delincuente, fomentan el conocimiento en profundidad del joven, su historia y su familia, pero confieren poderes considerables a quien se sigue considerando el artesano principal del tratamiento de esta delincuencia: el juez de menores.

Para individualizar el enjuiciamiento, y adaptarlo a la concreta situación de cada menor proponen una extensa gama de medidas, la mayor parte de carácter educativo.

Crean igualmente, en el seno del Ministerio de Justicia, una Dirección de Educación Vigilada, que antes era un simple servicio dentro de la administración penitenciaria, y que ahora pasa a ser una dirección autónoma con vocación específica no ya represiva, sino educativa.

Este itinerario legislativo y reglamentario está basado en dos puntos de vista:

— Uno, político y represor, tiende a proteger a la sociedad contra los elementos peligrosos suscepti-

bles de atentarse contra los sacrosantos valores en los que ésta se basa: la propiedad privada, la persona humana, etcétera.

— Otro, inspirado en la moral judeo-cristiana tiene de proteger al niño contra la miseria, los malos tratos y la muerte.

Este segundo fundamento, y en particular el desarrollo de la protección de la infancia, es el atribuido al juez de menores. Efectivamente, si la Ordenanza de 23 de diciembre de 1958 refunde en un solo texto todas las disposiciones concernientes a los menores, tanto civiles como penales, la Ley de 4 de junio de 1970 permite de forma explícita al juez la adopción de medidas de protección frente a menores en peligro dentro de un marco de «asistencia educativa instituida por los artículos 375 a 378-8 del Código Civil»; el primero permite al Juez de menores «si la seguridad, la salud o la moralidad de un menor no emancipado están en peligro, o si están gravemente comprometidas sus condiciones de educación, adoptar medidas educativas...».

Además, la Ley de 18 de octubre de 1966 confiere al juez de menores la posibilidad de intervenir las asignaciones económicas familiares, cuando no se utilizan en interés de los niños.

La intervención Judicial en materia de protección, obviamente, puede ser consecutiva a una acción administrativa de prevención, llevada a cabo en aplicación del Decreto de 7 de enero de 1959 por los servicios de la Dirección de Asuntos Sanitarios y Sociales, pero también puede producirse con independencia de cualquier actuación administrativa previa.

Todos estos textos forman un bloque que constituye el derecho de menores siendo el principal protagonista de su puesta en marcha el juez. ¿Para qué es necesario un magistrado con tal función, singularmente en lo que respecta a los aspectos civiles de la misma?

Un juez que no es ni asistente social, ni psicólogo, ni médico, que carece de preparación alguna en Francia para poder diagnosticar un problema de disfunción educativa o psicológica, para juzgar una patología. Por qué entonces se arroga el derecho a adoptar una decisión destinada a surtir efectos determinantes sobre la personalidad de un joven en plena construcción de su identidad. Por qué —como defiende J. L. Bianco y P. Lamy en su informe de 1980 destinado a la mejora de la ayuda a la infancia francesa— no dejar a la administración el conjunto de la acción social sobre la infancia, y reservar exclusivamente al juez aquéllo que es más propio de su función: la modificación de la patria potestad.

Parece que el juez ha de intervenir, aunque se trate de un campo de saber del que a priori está excluido, porque su legitimidad le viene dada por los principios básicos constitucionales, al estar en juego la libertad del individuo o los derechos de la persona. Así, solamente un juez puede adoptar una me-

didada de privación de libertad, de detención o de tutela para un enfermo mental.

El juez asegura, en efecto, un mínimo de garantías, especialmente cuando adopta medidas tales que vayan contra los derechos de los padres. Deberá oír a todas las personas interesadas antes de adoptar cualquier decisión —respeto al principio de contradicción—. Tal decisión deberá ser motivada y, por ello, será susceptible de recurso. Y, por lo dispuesto en la Ley de 6 de enero de 1986, la decisión no produce efectos más allá de dos años después de su adopción. Las partes podrán, además, estar asistidas por abogado.

Pero, aun estando inscrita en este juego de contrapoderes, la justicia de menores sigue bajo el imperio del mismo actor esencial: el juez de menores.

## I. LA JUSTICIA DE MENORES: UN MONOPOLIO DEL JUEZ DE MENORES

A) *El juez está dotado de grandes prerrogativas, tanto en el orden penal como en el civil*

### 1. En el orden penal

La competencia del juez de menores es fijada a requerimiento del fiscal, representado en Francia por un sustituto especialmente designado para ocuparse de estos asuntos.

El fiscal puede optar entre establecer la competencia del juez de menores o del juez de instrucción, especialmente en aquellos casos en los que se encuentran incursos conjuntamente menores y mayores.

No obstante cuando un juez de instrucción instruye un asunto de esta clase, deberá remitirlo para juicio a la jurisdicción de menores. En la mayoría de los casos, y especialmente cuando los hechos han sido claramente establecidos, el asunto queda directamente confiado al juez de menores que deberá dirigir su investigación de acuerdo con dos ejes principales: la búsqueda de la verdad de los hechos y el conocimiento de la personalidad del menor. Al igual que el Juez de Instrucción, el juez de menores puede, si la investigación lo requiere, acordar la detención provisional del menor. Durante la instrucción, ordenará todas las medidas precisas de observación educativa, examen médico-psicológico o dictamen psiquiátrico. Puede asimismo adoptar medidas como la libertad provisional y vigilada antes del juicio, que permitirá al menor beneficiarse de un tratamiento educativo y de un control hasta el momento del juicio.

Cuando la investigación ha terminado, el juez de menores puede optar ya por el enjuiciamiento unipersonal, como por la remisión al Tribunal de Menores. En general, la mayoría de los asuntos, se juz-

gan en la primera de las formas, porque al referirse a delinquentes primarios y a infracciones leves, el juez estima oportuno adoptar medidas exclusivamente de tipo educativo tales como la amonestación, devolución a sus padres, acompañadas o no de una medida de libertad vigilada por tiempo determinado. Los delinquentes habituales y las infracciones más graves pueden ser objeto de remisión al Tribunal de Menores que, además de las medidas educativas antes mencionadas, puede establecer penas parecidas a las dictadas contra los adultos. Esta jurisdicción está compuesta por el juez de menores, asistido de dos asesores, personas de bien escogidas en razón de su interés probado por las cuestiones de la infancia, del fiscal sustituto de menores, y de un secretario. El joven inculcado ha de estar obligatoriamente asistido de letrado.

Aunque el juicio tenga por objeto el esclarecimiento de los hechos imputados al menor, también está destinado a determinar su personalidad, tanto por él mismo, como por sus padres o educadores encargados de seguir su evolución. El Tribunal de Menores, a la vista de la infracción y de la situación del menor, debe determinar la sanción más apropiada. Si bien el artículo 2 de la Ordenanza de 1945 mencionada, establece claramente la prioridad de las medidas de educación, reserva a los jueces «cuando las circunstancias y la personalidad del delincuente parezca exigirlo», la posibilidad de imponer una condena penal al menor mayor de trece años. De todos modos, y por la minoría de edad, la pena será atenuada y no podrá exceder de la mitad del tiempo máximo de duración de la pena establecida para el mismo delito cometido por un mayor de edad.

Los menores de 16 años que hayan cometido un delito grave también son juzgados por el Tribunal de Menores. Los menores, pero mayores de 16 años, que hayan cometido un delito grave, son juzgados en el Tribunal de Escabinos de Menores, que está presidido por un magistrado del Tribunal de Apelación, asistido de dos magistrados, de entre los cuales uno ha de ser obligatoriamente designado de entre los jueces de menores del territorio.

Por tanto, el Tribunal de Menores y el Tribunal de Escabinos dictan, según los casos, medidas de carácter educativo, del tipo entrega a sus padres, internamiento en un establecimiento educativo, puesta bajo protección judicial (con posibilidad de mantener bajo el control de la Justicia a un menor de 16 años por tiempo de cinco años o más), multa, prisión, libertad condicional simple o libertad a prueba y, desde la Ley de 10 de junio de 1983, una pena sustitutiva de la de prisión, como es el trabajo de interés general, siempre y cuando tenga carácter educativo.

La aplicación de esta última sanción (el trabajo de interés general), ha provocado no pocos debates y controversias entre los jueces de menores.

Siendo la principal dificultad de estos jóvenes el

trabajo, la connotación represiva asociada a este trabajo de interés general, puede disuadir a algunos del interés que pueden obtener de esta experiencia profesional. Algunos jueces de menores son, al contrario, ardientes celadores de esta sanción como pasarela hacia la reinserción definitiva de algunos delinquentes.

El juez de menores es asimismo el juez de aplicación de las penas pronunciadas por el Tribunal de Menores. Deberá por ello notificar las suspensiones de condena a prueba, hacerlas cumplir, seguir la ejecución de los trabajos de interés general.

El juez de menores, para la puesta en marcha de esta política penal, está asistido por un servicio educativo cerca del Tribunal (SEAT), instituido por Orden de 30 de julio de 1987, y compuesto por personal de los servicios de Educación Vigilada. La misión primordial de este servicio es la prevención de la prisión para los menores.

Cada vez que se prevé una detención tanto por parte del juez de instrucción, como por el de menores, el Servicio ha de esforzarse por proponer medidas alternativas a la detención, como el internamiento en una Institución, la puesta en libertad provisional, así como de proporcionar al magistrado un informe escrito conteniendo los datos esenciales sobre la situación del menor.

Esta preocupación para evitar que los menores sean encarcelados, se ha concretado en la Ley de 30 de diciembre de 1987, que prohíbe, a partir del primero de marzo de 1989, la prisión provisional de los menores, aunque solamente en materia de delitos menos graves.

Por poner un ejemplo, en el Departamento de Vienne, que cuenta actualmente con 371.500 habitantes, en 1987 fueron privados provisionalmente de libertad 23 menores. Ninguno de ellos tenía menos de 16 años.

Desde hace varios años se observa, en el conjunto del territorio nacional, un descenso del número de menores encarcelados, a la par que un aumento del tiempo de prisión provisional.

A esta misión de evitar la prisión de los menores, atribuida al SEAT, se añade la de su seguimiento a la puesta de libertad, sea provisional o condicional, así como la puesta en marcha de las medidas de libertad vigilada, de las de control judicial, de suspensión de condena a prueba o de trabajo de interés general.

El juez de menores está presente en todo el devenir del procedimiento en el seguimiento de la ejecución de la sanción

Esta omnipresencia del juez en el orden penal, en el civil se concreta en la protección de la infancia.

## **2. En el orden civil**

La Ley fija claramente la intervención del juez de menores que únicamente será competente cuando la salud, la seguridad o la moralidad del menor es-

tán en peligro, o cuando se han comprometido gravemente las condiciones de su educación.

A esta condición primera, la jurisprudencia ha añadido la necesidad de un conflicto entre la posición de los padres y los intereses del niño.

Una decisión del Tribunal de Apelación de París de 21 de junio de 1962 caracteriza este conflicto como aquél que se da entre la voluntad individual y la voluntad colectiva o, dicho de otra forma, el orden social.

Cualquier otra situación que no presente estas dos características evita la intervención protectora.

La Ley impone al juez un esfuerzo para lograr la conformidad de la familia, primando el mantenimiento del niño en su medio actual. No podrá contemplarse la privación de la custodia parental, ni la consiguiente colocación del menor en el servicio de Ayuda Social a la Infancia o en un establecimiento de educación, más que en aquéllos casos en los que el seguimiento de esta medida llamada «medida educativa de carácter abierto» demuestre que es imposible. Se llega, pues, a la paradoja de que hay que buscar la solución educativa precisamente en el medio familiar que es la mayoría de las veces el origen de las dificultades del niño.

Por eso la medida educativa tiene normalmente como objetivo ayudar al niño y enseñarle a manejar los impedimentos que encuentra en su familia, más que a hacerle creer que aquéllos pueden neutralizarse por una solución educativa fuera del ambiente familiar.

Antes de adoptar cualquier decisión se procede a cuantas investigaciones permitan al magistrado disponer de todos los elementos de información necesarios para conocer la situación del menor. El juez de menores pondrá entonces en marcha las medidas precisas por un conjunto de servicios, de los cuales algunos trabajan exclusivamente para él.

Para ilustrar lo anterior, y a título de ejemplo, en el Departamento de Vienne los dos jueces de menores disponen:

— De un servicio de investigación social, compuesto por asistentes sociales.

— De dos servicios con diez educadores encargados de asegurar y seguir las medidas educativas de carácter abierto. Uno de ellos —el AEMO— está más específicamente encargado del conjunto de hermanos y trabaja en la disfunción global de la familia. El otro —el SOAE (Servicio de Orientación y de Acción Educativa)— se encarga de las medidas más cortas pero de tipo intensivo, actuando particularmente sobre los adolescentes y sus medidas específicas. Antes de acometer un trabajo educativo propiamente dicho, adopta medidas de observación seguidas a veces de exámenes psicológicos.

Finalmente, el SEAT algunas veces está obligado a ejercer medidas educativas de carácter abierto, principalmente cuando éstas parecen imponerse a la familia de manera más franca y autoritaria.

Al contrario de lo que ocurre en otros departamentos (singularmente en los de la región de París), estos servicios no pertenecen en el de Vienne al sector público, excepción hecha del SEAT.

Los internamientos se efectúan en Vienne en tres establecimientos privados, bajo la tutela conjunta de la Delegación Regional de Educación Vigilada y del DISS (nueva denominación de la Dirección Departamental de Asuntos Sanitarios y Sociales) y, sobre todo del servicio de la Ayuda Social a la infancia.

El juez mantiene con estos servicios una relación de mandante a mandatario, y aquéllos están obligados a rendir cuentas regularmente sobre la ejecución de la medida. Siempre en el marco de las medidas de protección, el juez puede ordenar igualmente, en el caso de que las prestaciones sociales no se empleen en el interés de los niños, o cuando éstos se eduquen en condiciones de alimentación, alojamiento o higiene manifiestamente defectuosas, que las prestaciones sociales no se entreguen al cabeza de familia, sino a un tutor especialmente encargado de estas prestaciones sociales. En el Departamento de Vienne es el servicio del UDAF (Unión Departamental de Asignaciones Familiares) el que se encarga de recibir las asignaciones o ayudas familiares en lugar del beneficiario, y quien tiene como misión administrarlo en interés de los niños.

Conviene resaltar que el SEAT asiste en igual forma al juez de menores en el ejercicio de sus funciones en materia civil. Una de estas misiones es asegurar de forma efectiva la acogida y a la información a los menores y a las familias que espontáneamente se presentan al Tribunal.

En Poitiers los tres educadores del SEAT todos los jueves por la mañana reciben a todos los jóvenes y los padres que lo deseen. En efecto, y en virtud del artículo 375 citado, los menores tienen capacidad para comparecer ante el juez de menores y exponer su situación, y no es extraño en dicho lugar que los adolescentes se presenten ante el juez para ponerle de manifiesto sus problemas solicitando ayuda.

Esta facilidad de acceso al juez de menores es específica de este tipo de magistrado, y no es la menor de sus particularidades.

## *B) El juez de menores: un magistrado fuera de lo común*

Las especialidades de la justicia de menores la llevan a ser contestada pero también imitada.

### **1. Particularidades**

Como antes hemos visto, tanto en el orden penal como en el civil, el juez de menores está obligado a ordenar medidas de investigación de la personali-

dad del menor y a poner en práctica las medidas educativas apropiadas a su problemática personal.

Mientras duran, ha de controlar y seguir la situación del menor, evaluar la evolución producida, y determinar la necesidad de una medida educativa de choque, de un trabajo, del examen psicológico, etcétera.

El juez está por ello siempre a punto de entrar de lleno en la historia del individuo y de su familia. Debe entrar en un campo de observación complejo, para el que siempre dispone de los necesarios elementos de análisis.

Efectivamente los puestos de jueces de menores son cubiertos generalmente por jóvenes recién salidos de la Escuela Judicial.

La formación dada por la Escuela Nacional de la Magistratura durante dos años, no predispone en absoluto a los magistrados para funciones con vocación pluridisciplinaria. La enseñanza se centra completamente sobre disciplinas de carácter jurídico: procedimiento, redacción de resoluciones, técnicas para el juicio oral, formación de un sumario, etc. El joven juez que es nombrado juez de menores se enfrenta rápidamente a sus limitaciones. Su falta de apertura a las ciencias humanas, su poca experiencia de la realidad social, su impotencia para manejar las repercusiones personales implícitas en la práctica, le hace sentir de inmediato la necesidad de explorar un campo del saber que su formación inicial dejó de lado.

En Francia existen alrededor de 275 jueces de menores. La mayor parte vuelcan su necesidad de abrirse a las ciencias humanas ya estudiando por su cuenta, ya integrándose en grupos de reflexión y de análisis de la práctica, como el GED (Grupo Emocional Didáctico), el seminario denominado «Integración del juez en el sistema familiar», etc. Algunos jueces de menores incluso emprenden estudios de psicoterapia o de curas psicoanalíticas. No obstante, la práctica del juez de menores cuestiona cada vez más las ciencias humanas y especialmente el psicoanálisis y sus derivados.

La justicia de menores busca centrar la situación más bien por la aproximación pluridisciplinaria, que se esfuerza por hacer.

Por esto se ve claramente moderna. Y este deseo de modernidad se manifiesta también en las modalidades formales de su ejercicio, singularmente porque se aplica en el despacho del juez.

La justicia de menores se aplica, efectivamente, en el despacho del juez. Sólo de forma excepcional se juzga al menor en condiciones formales asimilables a la reservada para los adultos (Tribunal para Menores). Algunos tachan a esta justicia de burocrática. En todo caso el juez se desprende de los signos exteriores de su función (ausencia de la solemnidad que da la audiencia tradicional, ausencia de toga) y encarna una justicia de rostro más humano, una justicia en la que la discusión se efectúa de for-

ma poco solemne, familiar, incluso intimista. El juez pretende estar próximo al justiciable y a sus problemas.

Así, esta justicia concentrada en las manos de un solo juez y aplicada de forma sencilla, se revela manejable y susceptible de dar una respuesta rápida a cada acontecimiento, a cada petición: una justicia de intervención permanente como dice A. Garapon, juez de menores en la región de París.

Es una justicia que, al contrario que la clásica, se inscribe en el tiempo real y conlleva la noción de urgencia.

Cómo conciliar esta forma de Justicia, a la que el decano Carbonnier denomina «maternal», con lo que algunos llaman la llave maestra de la Justicia de menores, a saber «el recuerdo de la Ley».

## 2. Una Justicia controvertida pero imitada

¿Cómo identificar dentro de la maquinaria judicial a esta Justicia que antepone la protección a la represión, esta Justicia que parece «maternizar» más que decir el derecho, o fijar las prohibiciones?

Para algunos cualquier acto delictivo llevado a cabo por un joven, debe originar una respuesta penal. La delincuencia juvenil sería así la búsqueda de la confrontación en los límites a los que no hubiera podido llegar la educación familiar. La mayor parte de los jóvenes delincuentes salen, efectivamente, de familias separadas o monoparentales. El padre es quien falta más a menudo. Cuando existe no parece ocupar el lugar simbólico del padre, portavoz de la ley, artesano de la unión con la madre y de la socialización del niño.

Frente a este tipo de carencias, la palabra del juez no sería ya tanto de inspiración materna, sino más bien paterna.

La Ordenanza de 1945, en tanto en cuanto antepone la respuesta educativa a la represión, es puesta en tela de juicio por aquéllos que piensan que es preferible aplicar un tratamiento penal a cualquier acto de transgresión del ordenamiento.

Algunos evitan la dificultad llevando a cabo una distinción entre el reconocimiento de la culpabilidad del menor, y la imposición de una sanción. La confrontación del menor a su culpabilidad respecto de la falta cometida, tendría así una dimensión simbólica suficiente para que se cumpliera la llamada de respeto a la Ley.

Para otros esta manifestación de la Ley sería igualmente poco perceptible en tanto en cuanto se produce en el despacho del juez.

¿Cómo podríamos considerar como juez a este individuo, tachado por algunos de burócrata, que pretende tener como objetivo único el interés del niño, mientras que las medidas que ordena conllevan a veces un grave atentado a las libertades individuales? Como dato característico: la defensa está la ma-

yoría de las veces ausente en la jurisdicción de menores. Los abogados, en la mayoría de los casos nombrados de oficio, no llegan a situarse, a encontrar el sitio en esta Justicia cuyo espíritu busca una acción judicial para el bien del menor y se basa en un conocimiento en profundidad de los autos por el juez.

El adolescente que comparece ante el Tribunal de Menores no sabe normalmente distinguir al abogado de los demás actores del juicio. Las alegaciones del abogado no difieren habitualmente de las del educador o incluso de las del juez. En los asuntos de asistencia educativa, en los que no es obligatoria la defensa, los padres comparecen solos la mayor parte de las veces, con las habituales y normales dificultades para expresarse, para hacer valer sus argumentos.

En cuanto al niño que no habla, no está representado por nadie, salvo cuando sus intereses parecen contrarios a los de los padres. Hoy día tienen lugar numerosos debates alrededor del tema de la defensa de los menores, pero no se ha encontrado ninguna solución satisfactoria.

La Justicia de Menores es hoy la punta de lanza de la Administración de Justicia, como una justicia con muchos tentáculos y sin contrapoderes, aun cuando es puesta en tela de juicio en algunas de sus modalidades. No obstante hace frente común con otras funciones de la Magistratura que parecen inscribirse en una dinámica parecida. El juez de familia está dotado cada día de poderes más importantes. Al igual que el juez de menores antes de tomar una decisión investiga mediante encuestas sociales, dictámenes, exámenes médico-psicológicos.

Al igual que el juez de menores resuelve la mayoría de los asuntos en el despacho y tiene medios para afrontar la urgencia con el desarrollo en la práctica de las medidas de este tipo. Como el juez de menores maneja la situación en el tiempo, determinando las posibles medidas modificativas.

El juez de Primera Instancia, el juez de Aplicación de Penas tienen también una práctica de justicia administrada en el despacho, próxima al justiciable, a sus problemas familiares, adaptada a sus necesidades.

En resumen, una justicia específica en la que «el derecho no se autosacraliza en un universo dominado por el ritual judicial, sino en el que, por el contrario, debe autolegitimarse por su aptitud para resolver los conflictos, para alejar el peligro, para prevenir la reincidencia...» (Antoine, Garapon). Esta legitimidad aparece reforzada en la función del juez de menores, por el hecho de que esta justicia parece elaborarse por el contacto directo con la realidad social.

## II. UNA JUSTICIA EN CONTACTO DIRECTO CON LA REALIDAD SOCIAL

Fruto del análisis que está obligado a hacer de la delincuencia, sus causas y sus remedios, el juez de menores está llamado a participar de la política local para reducir las dificultades y los problemas de los jóvenes. Por ello es miembro de un cierto número de consejos, comités, etcétera.

### A) *¿Cuál es hoy la política para los jóvenes?*

El problema de la delincuencia juvenil hay que situarlo en el campo global de las inadaptaciones.

El joven se convierte de hecho en un desviado sin que, al menos hoy, sea necesaria la oposición a un sistema de valores establecido. Tal desviación es debida frecuentemente un cúmulo de desadaptaciones escolares, sociales, profesionales, culturales, etcétera.

Las soluciones pasan pues, inevitablemente, por la reducción de estos factores de desadaptación. A partir de 1981, con la llegada de la izquierda al poder, se ha acometido una reflexión global y en profundidad, alrededor del problema de la prevención y se ha dado lugar a la creación de diversos dispositivos. La Ordenanza de 26 de marzo de 1982 y la Circular de 9 de abril del mismo año, han introducido medidas destinadas a favorecer la inserción profesional y social para los jóvenes con dificultades tales como:

— Las Comisiones Permanentes de Acogida, Información y Orientación (PAIO) cuya misión es recibir, informar y orientar a los jóvenes que salen del sistema escolar sin cualificación ni empleo.

— Las misiones locales (o misiones Schwartz) creadas en las zonas en las que los problemas de inserción de los jóvenes están particularmente agudizados (107 en 1986).

El personal de educación vigilada apela frecuentemente a estas instancias para favorecer la inserción de los jóvenes a los que se releva de la protección judicial.

Los cursos de preparación al empleo, de iniciación a la vida profesional y los trabajos de utilidad colectiva, tienen como objetivo principal el progresivo empleo de los jóvenes. Las asociaciones y empresas intermediarias, han permitido luchar con gran eficacia contra la marginación y exclusión de los jóvenes con graves dificultades de inserción. En Poitiers la empresa intermediaria TREMLIN ha conseguido llevar progresivamente al mundo del trabajo a numerosos jóvenes conocidos en el Tribunal de Menores por estar comprometidos en un proceso de delincuencia ya avanzada. También en Poitiers la asociación intermediaria ADRESSE consigue pequeños trabajos con el fin de la reinserción social.

En el aspecto escolar dos circulares de julio y di-

ciembre de 1981, han puesto en marcha las Zonas de Educación Prioritaria (ZEP), cuyo objetivo es reducir y prevenir el fracaso escolar luchando contra la desigualdad social, mediante la puesta en práctica de medidas de ayuda y de acciones de apertura que buscan el enriquecimiento cultural de la población escolar y de su entorno familiar.

Estas medidas se complementan con la creación, en diciembre de 1981, de la Comisión Nacional para el Desarrollo Social de los Barrios (CNDSQ), que tiende a mejorar las condiciones de vida de las áreas urbanas más desfavorecidas, teniendo en cuenta los problemas que en ellas se originan tanto a nivel de hábitat como desde el punto de vista social, cultural, etcétera.

El conjunto de estas disposiciones se inscribe en un proceso lógico que terminó en junio de 1983 con la creación de los Consejos de Prevención de la Delincuencia. La misión de estos Consejos es la de conocer las diversas formas de delincuencia, contribuir a la información y a la sensibilización acerca de estas cuestiones, y proponer a los poderes públicos las medidas oportunas de prevención de la delincuencia.

El Consejo Municipal de Prevención de la Delincuencia en Poitiers es una institución muy activa, que multiplica sus iniciativas especialmente en el marco de los denominados «Contratos de Acción Prevención» (CAP), de los que la mayoría forman parte de proyectos de acogida urgente, inserción profesional, política de ocio, etcétera.

Finalmente, el Comité Interministerial y la Misión Interministerial de lucha contra las toxicomanías, creados en enero de 1982, están encargados de definir la política del gobierno y de coordinar todos los aspectos de lucha contra la toxicomanía, tanto desde el punto de vista de la represión, como desde el de la formación, la acogida, la prevención y la reinserción. La característica esencial del conjunto de estas disposiciones, reside en la necesidad de dar participación al lado de las colectividades locales, al conjunto de sectores afectados por este problema: administraciones públicas, organismos sociales, asociaciones, etc. Este acento puesto sobre las relaciones con el entorno, existe asimismo en materia de protección de la infancia a partir de la Ley de Descentralización.

## B) *La apuesta de la descentralización*

La Ley de 6 de enero de 1986 ha adaptado la legislación sanitaria y social a las transferencias de competencias llevadas a cabo en favor de las Corporaciones Locales, por la Ley de 22 de julio de 1983. Esta Ley ayuda a la infancia, confía al Consejo General, máximo órgano deliberativo del departa-

tamento, la financiación de las medidas dictadas por el juez de menores en el terreno de la asistencia educativa.

La Ley incita al mismo tiempo a todos los que colaboran en la protección judicial de la juventud, a utilizar en forma conjunta y mejor definida los equipamientos.

La descentralización ha transformado el enfoque del juez de menores, cogido entre dos movimientos aparentemente contradictorios.

El Consejo General es el único responsable de la ayuda social a la infancia y de la política de acción social. Es, por ello, obligado interlocutor del juez de menores ya que financia las medidas que éste decide.

La Educación Vigilada forma parte de una política nacional que tiende a obtener una mayor coherencia y a reforzar su organización.

Por eso, el juez de menores está sujeto a las contradicciones entre las políticas locales y una política nacional global para la educación vigilada.

Tradicionalmente el juez independiente decidía por su propio imperio, sin los problemas derivados de condicionantes externos. Cuando el juez cambiaba e introducía una política de signo diferente —o lo que es peor una ausencia de política— podía a veces producir la desestabilización de sus interlocutores (sobre todo en los lugares en los que no existía más que un solo juez de menores).

Hoy la política sobre la infancia ha de ser única y global en un departamento, y se ha revelado necesaria la multidisciplinariedad. El juez de menores ha dejado su torre de marfil para convertirse en una de las partes de la colectividad.

Ello es nuevo en la Justicia, e implica que no habrá más cambios bruscos debidos a la personalidad del juez. El juez de menores, partícipe de un proyecto de ámbito local, obliga a sus sucesores.

En efecto, la definición y concertación con las demás partes interesadas de una política global de protección a la infancia, y la puesta en progresiva marcha de estructuras adaptadas a esta política, sólo pueden provocar una duración en el tiempo.

Este despliegue de medios y equipamientos en función de las necesidades locales contribuye a insuflar una dinámica nueva en los establecimientos y servicios educativos. Estos diversifican y simplifican sus prestaciones en razón a una respuesta individualizada a las necesidades de los jóvenes.

La descentralización contribuye a operar una revolución en la acción educativa. Ya no es tarea de la población interesada adaptarse a las estructuras, sino bien por el contrario compete a estas últimas adaptarse a la población juvenil.

Por otro lado, el juez y los operadores sociales, se ven obligados a tomar conciencia del costo de sus intervenciones.

Esta cuestión, como la de la evaluación de la eficacia de las acciones educativas en pro de los jó-

venes, plantea el problema de la pertinencia de la Justicia de menores en sus principales modalidades.

Por qué una justicia específica para los menores. Por qué una tal diferencia de trato para un joven en razón a que tenga o no 18 años.

Realmente el listón de los 18 años puede parecer claramente arbitrario. No obstante la institución de un derecho concebido para los menores, con modalidades muy específicas, como las que se han descrito anteriormente, se apoya en la idea de que la delincuencia juvenil presenta características particulares. Aparece por ello de modo más visible, más provocador y a menudo reiterativa. Por otro lado es un tipo de delincuencia que no se adquiere de forma definitiva. En todo momento el menor puede tomar otro camino. El tratamiento que se le imponga debe permitir en cualquier momento elegir otra vía ofreciéndole las referencias de las que careció hasta entonces. Existe pues un deslizamiento desde lo represivo a lo educativo. La respuesta penal que se dio tradicionalmente, se sustituye por un tratamiento social. La Ordenanza de 1945 es, en este sentido, de

una gran modernidad porque ella ha supuesto la primera aplicación concreta de lo que se ha dado en llamar en Francia las teorías de la nueva defensa social.

La entrada en vigor de este texto respondió en su época a una concepción ideológica de la criminología. Se trata de prevenir la delincuencia de adultos tratando el fenómeno desde su aparición en la adolescencia.

Aunque parezca que esta Ordenanza ha fracasado en este punto, no es menos cierto que este texto precedió en Francia a la evolución general del derecho penal. En la justicia de menores se han inspirado de modo acusado medidas como la voluntad de individualizar al máximo la sanción, la sustitución de las penas de prisión por otras tendentes a la reinserción (Trabajo de Interés General), la puesta en práctica de las medidas de control de tipo educativo (Control Judicial Socio-Educativo).

(Traducción de Fernando ESCRIBANO.)

# Penas privativas de libertad para menores y alternativas dinámicas a las sanciones: ¿doble estrategia?(\*)

Michael VOSS

## INTRODUCCION

Si se observa la práctica sancionadora de los Tribunales de menores en la R.F.A. tal y como nos la muestran sus estadísticas, se obtendría fácilmente la impresión de que nos encontramos inmersos en una fase de política liberal de reforma (Cfr. Heinz 1987, p. 138 y ss.). El número creciente de sobreseimientos, en detrimento de condenas formales, demuestra la orientación de la justicia penal en favor de desdramatizar la criminalidad juvenil. El número creciente de sanciones dinámicas —cuya cantidad en el monto total de sanciones aumenta constantemente en detrimento de las penas estáticas— nos muestra también que la justicia penal tiende a desistir de la represión frente a los menores delincuentes. Por otro lado, con todo ello no se ha hecho sino describir una de las caras de la moneda. Debe por tanto tenerse en cuenta, que la esperanza —vinculada a la política alternativa (*diversionpolitik*)— de restringir la aplicación de las sanciones especialmente graves en la criminalidad juvenil —como son el arresto y la pena privativa de libertad para menores— hasta ahora no se ha visto realizada (Cfr. Schumann 1985 b, p. 6 y ss). La Administración de Justicia, invierte más bien en las medidas de carácter estático, construye nuevas cárceles para jóvenes —en este momento en los Estados federados de Baden—Württemberg y Schleswig—Holstein— y legiti-

(\*) Para la mejor comprensión del texto puede tenerse en cuenta lo siguiente:

Según el parágrafo 1 de la Ley del Tribunal de Menores (de 11 de diciembre de 1974 modificada por Ley de 20 de diciembre de 1984), esta Ley se aplica a menores y a adolescentes por la comisión de hechos amenazados con una pena (parágrafo 1.1) Menores son quienes tienen más de 14 y menos de 18 años y adolescentes los que tienen más de 18, pero menos de 21, ambos, al momento de comisión del hecho (parágrafo 1.2). Se utilizará el término menor/es referido a ambas categorías excepto cuando se especifique que se trata de adolescentes. El término «joven o juvenil» no se utiliza por tanto sino en sentido criminológico por ser la terminología legal del Código Penal español, la de «menores».

Téngase en cuenta también lo dispuesto en la Sección Cuarta dedicada a la pena de menores en la mencionada Ley del Tribunal de Menores:

Parágrafo 17. *Forma y Presupuestos* (1) La pena de menores consiste en la privación de libertad en un establecimiento para menores.

(2) El juez impondrá la pena de menores cuando como consecuencia de las inclinaciones dañinas del menor, que se han puesto de manifiesto en el hecho cometido, no sean suficientes las medidas educativas o los medios de corrección para su educación, o sea exigible una pena debido a la gravedad de la culpabilidad.

Parágrafo 18. *Duración de la pena para menores...* (2) La pena de menores se medirá de manera que el exigible influjo educativo sea posible.

ma el arresto de menores con la pretensión de aplicarlo con fines pedagógicos (Cfr. Busch 1983, p. 23).

Por otro lado a los políticos partidarios de la alternativa en los ministerios de justicia, jamás les asaltó la duda de si la cuestión no será, más bien, evitar al mismo tiempo la dureza excesiva y la inadecuada levedad. A la citada estrategia alternativa, responde la estrategia de la «incapacitación selectiva» (*Selective-incapacitation*), términos éstos con los que quieren denominarse distintas y complementarias estrategias político-criminales (Cfr. Bettmer/Kreissl/Voss 1988). Incluso en el programa recientemente preparado en Hamburgo en favor de un «modelo diverso» orientado hacia la no intervención, inspirado sobremanera en un espíritu liberal, se manifiesta que «la delincuencia insignificante (*Bagatelldelikte*) va a tratarse de manera simplificada en favor de una persecución más intensa de la criminalidad mediana y grave» (Bürgerschaftsdrucksache, 11/5530, p. 3). Estos datos nos indican que la supresión de la ejecución de penas para menores —o también del arresto de menores— no es consecuencia inmediata de la oferta de sanciones dinámicas previas. Tampoco su apoyo por parte del Estado indica una salida alternativa, pues pueden proponerse —como se verá— con la única finalidad de descongestionar. A partir de la propuesta y ponderación del hecho de aplicar un procedimiento informal y sanciones dinámicas, debe emprenderse una auténtica ofensiva dirigida hacia la restricción de las medidas estáticas, en especial de la ejecución penal de delincuentes menores y, con este fin, proponer líneas de argumentación y someter a discusión la viabilidad de una justicia penal que pueda funcionar sin privación de libertad.

## PRIMERA TESIS:

*En la ejecución penal para delincuentes menores —así como en todas las formas cuartelarias de privación de libertad— existen límites para toda reforma que oriente su aplicación hacia instalaciones para educación o tratamiento, pues una cárcel jamás podrá ser además de lo que es, un establecimiento útil para una efectiva socialización.*

Si, a la vista de la literatura científica, estudios empíricos y estadística, informes de prácticos sensibilizados al respecto o relatos de presos sobre sus propias experiencias, buscamos causas y justificaciones que pudieran sentar las bases de una política

de restricción de la ejecución penal, nos preguntaremos —en relación con los enérgicos argumentos existentes en contra de la ejecución penal— cómo pudo ocurrírsele a alguien, que pudiera obtenerse *también* algún efecto beneficioso del encierro de tantas personas en tan poco espacio. Para un ser que vive en sociedad, el encierro y el aislamiento de otras personas significa ante todo, infligir un mal, la causación de un sufrimiento moral y a menudo físico. Tampoco deberían olvidarse los padecimientos que se imponen al mismo tiempo a los parientes y amigos, en definitiva, al círculo de personas que sirve de referencia al preso. Esta es por tanto una declaración banal que llama la atención sobre el mal que se quiere infligir a través del encierro, pues esta privación de libertad como pena que es, debe considerarse como causación de un mal causada de propósito. Si nos situamos por tanto en el marco de la retribución —en el sentido que acaba de verse, de proporcionar un padecimiento— y consideramos que es ésa la descripción legal de la función de la pena, la pena para menores encontraría ahí su legitimación formal. Sin embargo, la ley mantiene en un primer plano una finalidad totalmente distinta, consistente en producir un efecto educativo a través de la privación de libertad, o que este efecto educativo, se produzca a través de una específica forma de ejecución cuando se trate de ejecución penal para menores. Se trata, eso sí, de una forma de Pedagogía francamente peculiar, cuya fe se sustenta en el efecto educativo del encierro. Vamos a examinar a continuación algunos conceptos en los cuales se sustentan las esperanzas de éxito.

### 1. Esperanza: salir

El encarcelamiento, cercena como es obvio las influencias sociales que producen comportamiento vitales a los cuales se asigna efectos criminógenos. Quien ha tenido contacto con presos, sabe sin embargo de qué forma tan fantástica se mitifican las relaciones sociales perdidas y cómo se van a añorar. Al mismo tiempo, las relaciones del exterior —interrumpidas ahora— van a cambiarse por las de «dentro», por la subcultura del preso, cuyo efecto criminógeno está sobradamente demostrado. En conclusión y como más importante: nadie influye sobre las difíciles relaciones sociales que, durante un tiempo, ha dejado atrás el preso, por lo que, evidentemente, permanecen intactas, precisamente en estas mismas relaciones existenciales va a quedar sumido el preso después de su puesta en libertad.

### 2. Esperanza: la pena

Esta es seguramente la más antigua pretensión pedagógica, según la cual, la mera imposición del

mal en que la pena consiste, alberga un efecto educativo. Esto es cierto y falso a la vez: naturalmente, en todo proceso educativo existe el castigo, ahora bien, dicho castigo sólo puede tener un efecto *positivo* allá donde se incardine en un contexto solidario de manera que se entienda por ambas partes —punitiva y penada— como acontecimiento momentáneo, como relación estrecha y positiva que por ello, no sería realmente nociva (Cfr. Ludwig 1986, p. 334). Sin embargo, este presupuesto no se encuentra en absoluto en la ejecución penal, además, resulta dudoso si el mal en que la pena consiste, mantenido durante meses o años, se puede comparar con la sanción *negativa* a la que se refiere la teoría pedagógica. Una pena promueve únicamente odio hacia quien la impone, y es de suponer que esto es así, incluso cuando la pena en el momento originario de la medición, se consideraba una reacción justa frente al delito.

### 3. Esperanza: educación

Con ella se quieren significar —como acaba de verse— los efectos socializadores que eventualmente se espera obtener a partir de la creencia en el efecto educativo del mero mal penal a partir de la estancia en el mundo ejemplar de la ejecución penal. Las ofertas educativas son, como máximo, trasunto de los medios disciplinarios socialmente predominantes. Así, se establecieron —y se establecen— la oración, la disciplina militar, el trabajo —sobre todo el trabajo—, la educación o el deporte, como medios educativos. Habría que incluir también —en el marco de la cientifización de los medios resocializadores— los programas de adiestramiento ideados para delitos o problemas específicos. La mayor esperanza preventivo-especial parte hoy de estas propuestas, así como los mayores efectos legitimadores, precisamente, de la ejecución de penas para menores. Después de que en el Estado secularizado, intervencionista, las agresiones estatales tan sólo se van a justificar por sus consecuencias, y después de que el dominio se ha convertido en tecnología, la demostración de racionalidad conforme a fines del actuar político-administrativo, va a convertirse en la máxima fuente de legitimación (Cfr. Habermas 1974, p. 77) sin embargo, también aquí nos engañan las apariencias debido a la reconocida ambivalencia propia de las mencionadas propuestas educativas. Las medidas educativas albergan en sí siempre, por un lado la oportunidad de la emancipación, es decir, el despertar y el fomento de las capacidades personales para conseguir las máximas autonomía e independencia posibles. Al mismo tiempo, y por lo general, también albergan junto a este encomiable efecto, otros, como manifestación de una relación de dependencia entre educadores y educandos, la cual siempre puede desembocar en

subordinación y adaptación, en disciplina y falta de libertad. Así, el sambenito de las «inclinaciones nocivas» (*Schädlichen Neigungen*)—como presupuesto legal de la imposición de una pena para jóvenes con fines educativos— nos crea la imagen de un sujeto con una personalidad fatalmente predeterminada, *teledirigida*. Sin embargo, precisamente la *teledirección* constituye el alma del régimen de tales establecimientos. Siempre que muchas personas son sometidas a una convivencia organizada en un espacio reducido acaba siendo absolutamente imprescindible una ajena *teleadministración* ya sea en los conventos, barcos, cuarteles o, precisamente, en las cárceles. En tanto en cuanto el proceso educativo deba llevarse a cabo en el interior de instituciones *totales*, dicho proceso se va a ver fuertemente restringido precisamente en sus fines educativos.

La desaparición total de la *teleadministración* y de su consiguiente orden superreglamentado sólo se produce con la salida fuera de la institución, con lo cual se le crean al mismo tiempo al sujeto los conocidos problemas de la transición: los estrictos conceptos de administración, orden y control propios del establecimiento, carecen de correspondencia en el exterior, pues se ha producido la integración en un mundo artificial a costa de la adaptación al mundo normal. Para que pueda por tanto llegar a ser presupuesto de la resocialización, deberá demostrarse al sujeto resistente frente a las influencias desocializadoras de la organización de la ejecución penal.

El modelo de «mundo cuartelario» ofrece aún más dificultades sistemáticas para un adiestramiento social exitoso. Simplemente las condiciones de vida con las cuales ya tenía determinados problemas el preso cuando estaba fuera, son imposibles de reconstruir en el modelo del mundo carcelario debido al corsé de orden que allí resulta imprescindible. Estas condiciones de vida están ausentes como simples partes de la vida social normal y quedan por tanto excluidas del ámbito del adiestramiento. En este sentido, pueden citarse cosas cotidianas como el dinero, drogas legales —o ilegales— las posibilidades de consumir, o el —eventualmente— sexo opuesto, la masificada vida cuartelaria, exige una *teleadministración* —como se vio— y la concentración del poder. Esta forma de vida produce por tanto, un efecto distanciador de la vida diaria de afuera y desemboca lógicamente en formas de educación y tratamiento altamente indiferenciadas, pues la profundísima relación existente entre las condiciones sociales de nacimiento y las biografías y destinos individuales, debe permanecer ignorada. De lo contrario, el caso particular requeriría la totalidad de la capacidad y tiempo de los pocos educadores y terapeutas a los cuales les falta precisamente la capacidad y el tiempo suficientes para la producción de pruebas formales del éxito de la educación y el tratamiento. Estas son conclusiones de la experiencia docente y discente, a las que se llega con toda cru-

deza. Así, escribe al respecto Schlier-Springorum: «Quien prescribe aspirinas para 100 diagnósticos distintos, lo deja todo en manos del azar» (1984, p. 11).

En la actual ejecución de penas se arbitran *suavizaciones* y *bonificaciones* como mecanismo esencial en la educación de los internos, en forma de medidas como salidas, visitas, vacaciones y libertad anticipada. De la introducción de estas medidas por la Ley de ejecución de penas y sus correspondientes desarrollos reglamentarios se esperaba precisamente un efecto educativo. De hecho, dichas suavizaciones se han mostrado altamente eficaces. En primer lugar se beneficia de estas medidas el personal de seguridad del establecimiento —no así el personal educador—. Dando por sentado el carácter aflictivo del encierro, la meta y deseo último de todo interno es la libertad aunque sea tan sólo una corta estancia fuera de los muros de la cárcel. Por ello, ya han pasado los tiempos de los motines en las prisiones, los cuales se podrían incardinar en una fase, durante la cual, la disciplina del establecimiento se mantenía a base de palos o de un burdo sistema de favores y privilegios como la ejecución escalonada de la pena. Hoy en día se mantiene la disciplina más inteligentemente y se ha demostrado que la mejor disciplina continúa siendo la autodisciplina.

Ahora bien, si se quieren utilizar las suavizaciones —bajo las viciadas condiciones de vida propias del encierro— no ya sólo al servicio de la disciplina —como se vio— sino también al servicio de la educación, se revelan entonces sus efectos devastadores. Efectivamente, cuando el éxito educativo, es decir un pronóstico favorable, se utiliza como presupuesto de la concesión de suavizaciones, la consecuencia inevitable en el marco de las condiciones de vida de la cárcel, es la simulación y el egoísmo. Si ya es difícil con los medios absolutamente indiferenciados —como ya se mencionó— de la ejecución penal, llegar a vislumbrar la inabarcable amplitud de variantes de la personalidad para poder influir correctamente sobre ellas de forma educativa, del mismo modo deberá el educador enfrentarse con la gramática parda de adaptación y disimulo de que hace gala el preso. Desde el punto de vista de éste, la puesta en relación del éxito educativo con la suavización, significa tender una trampa legal (Triber 1973). Efectivamente, ya no va a ser únicamente el ordenamiento doméstico el que defina los comportamientos (ajustados al orden) que garantizan las suavizaciones. Más bien los concretos preceptos van a rellenarse para convertirlos en una pauta difusa de buena conducta —cuyos detalles determina el educador— el cual, por ejemplo, dictamina técnicamente sobre la conveniencia de unas vacaciones o puesta en libertad anticipada. Esta trampa legal de la ejecución educativa podría ser la causa de que en la ejecución de penas de menores, se prevean medidas claramente disciplinarias y determinadas me-

didadas de seguridad más frecuentemente que la ejecución penal para adultos (Cfr. Dünkel 1985, p. 115).

Esta lista de inconveniente de índole sistemática, no implica sin embargo sentar límites infranqueables para la reforma de la ejecución educativa de penas, siempre que se prosiga el esfuerzo. Quiero referirme únicamente al simple hecho de que los problemas graves —independientemente de las escasas posibilidades educativas de la ejecución— permanecen absolutamente ignorados en el entorno del joven condenado, con lo que, por ejemplo, un título de aprendiz no va a consolarle de una situación vital catastrófica (Cfr. Albrecht —entre otros— 1983, p. 159).

## SEGUNDA TESIS:

*La puesta a prueba, conforme a la experiencia científica, de la efectividad de la moderna ejecución penal mediante el tratamiento, en comparación con la tradicional ejecución mediante el encierro, no muestra ventaja preventivo-especial alguna a favor de los establecimientos de tratamiento.*

Teniendo en cuenta mis argumentos en cuanto a la primera tesis la experiencia de los estudios sobre efectividad, contradice la lógica de la argumentación. Existen de hecho numerosas pruebas de que la ejecución penal a través del tratamiento no muestra ventajas desde el punto de vista de la prevención especial (Cfr. Martinson 1974; sobre la investigación de sus efectos en relación con penas impuestas a menores. Cfr. Albrecht 1987, p. 38 y ss.). Puede citarse a este respecto un estudio metódico comparativo muy ambicioso de la ejecución (inglesa) de penas de menores. Debe tenerse en cuenta a este respecto, que la mayoría de los estudios metódicamente ambiciosos de la R.F.A. se han llevado a cabo en el campo de los adultos (Asi, Rehn 1979; Dünkel 1980). Pues bien, el mencionado estudio inglés, que comparaba un establecimiento de terapia social para ejecución de penas de menores con otro establecimiento normal para menores reincidentes, utilizaba un detallado esquema de comparación de grupos, que alcanzaba a períodos de más de diez años de seguimiento postexperimental. Se llevó a cabo una cuidadosa comprobación y se concluyó finalmente, que el propio establecimiento de tratamiento había visto transformado su programa de hecho. Los resultados fueron —así como para muchos estudios metódicamente cuidadosos— desalentadores para la meta del tratamiento: los índices de repetición de condenas e ingresos en prisión de los sujetos puestos en libertad por los establecimientos estudiados, no mostraban ninguna diferencia (Cfr. Cornish 1987, p. 335). Parecidos resultados arrojó un estudio realizado en Bremen hace algunos años por Liebe y

Meier sobre reincidencia en materia de ejecución de penas de menores (Cfr. 1981, p. 100).

No es mi deseo sin embargo continuar con esta línea de argumentación, pues los investigadores del fenómeno de la reincidencia parten en última instancia, de la misma premisa que los terapeutas en la ejecución, premisa aquella coincidente con lo que podría denominarse, posición reformista. La ejecución penal se va a entender pues, como instrumento para la rehabilitación individual y como tal se va a aceptar. Sentada esta premisa, podrá luego discutirse acerca de cuál sea la mejor vía para alcanzar la meta y cuál el sistema de medición de los resultados, más limpio metódicamente (Cfr. Pilgram/Steinert 1981, p. 133); la meta de la resocialización permanece por tanto —como presupuesto— fuera de discusión. Por ello, los reformistas se deshacen tan fácilmente de las pruebas de los fracasos de la ejecución penal. Efectivamente, la prueba de la ineficacia de un tratamiento desemboca normalmente en la existencia de más tratamientos y más intensivos (Cfr. por ejemplo, Baumann —entre otros— 1983, p. 147) y de ninguna manera en la puesta en tela de juicio del medio escogido para el tratamiento, es decir, de la cárcel.

La exigencia de una restricción desde ahora, con vistas a una desaparición de la ejecución penal no extrae provecho alguno, por tanto, de la investigación sobre efectividad. La crítica fundamental de la privación de libertad, que presta credibilidad a la medida dinámica en el sentido de la oferta de la «diversidad», debe librarse del velo que tiende el debate sobre el tratamiento e insistir en que la cárcel es ciertamente apropiada para infligir un sufrimiento a las personas o para «sacarlas de la circulación», pero probablemente también es el peor lugar imaginable para poner en práctica una vida socialmente integradora.

Después de esbozar estas razones —inmanentes, por así decirlo, a la ejecución— en favor de la retirada progresiva de la pena de menores y de la ejecución penal de menores, se plantea la pregunta de cómo el legislador ve y practica actualmente la orientación educativa de dicha ejecución penal. Veamos al respecto mi tercera tesis.

## TERCERA TESIS

*La reforma del tratamiento en la ejecución penal para menores, la cual fue motor durante mucho tiempo de la expansión de la ejecución penal para menores y, decididamente, su figura legitimadora se ha estancado en el nivel legislativo.*

Reconstruyamos rápidamente los principales pasos que se han tomado en el ámbito de la pena de carácter político-criminal, así como en la ejecución penal para menores: la despedida de la amplia Ley

de ejecución de penas para adultos a finales de 1976, dejó en estado francamente deficitario a las pocas disposiciones jurídicas sobre ejecución de penas para menores en la Ley del Tribunal de menores. La función «previa» que desempeña el Derecho Penal de menores frente al Derecho Penal general amenazaba con perderse. En septiembre de 1976 se creó la Comisión de ejecución de penas para menores del Ministerio Federal de Justicia con la finalidad de renovar los viejos aires de reforma a través de una nueva Ley de ejecución de penas para menores, que estuviera aún más decantada en favor del uso de medios educativos. Pues bien, para cuando se creó dicha Comisión, ya se había enfriado de manera perceptible el clima de reforma. La Comisión, eso sí, se dedicó inmediatamente al trabajo de forma infatigable, ofreciendo —en un informe de las diez jornadas y en el de conclusión (1977-1980)— una serie de principios aplicables a la ejecución penal para menores absolutamente orientada hacia el tratamiento. No es éste lugar adecuado para narrar los detalles de las distintas ideas que se plasmaban en planes de educación y tratamiento, personal técnico especializado, medidas arquitectónicas y organizativas previstas, o la inclusión de la ejecución penal para menores en instituciones de atención posttratamiento. Estas ideas se asemejaban a la concepción de la terapia social y de la ejecución penal general y habrían convertido lo que en ese ámbito era excepción, en regla para la ejecución penal para menores. En cuanto a las costosas medidas —entre otras arquitectónicas— se establecieron plazos concretos y verdaderamente breves (por ejemplo, cinco años para las mencionadas medidas arquitectónicas. Cfr. El informe final de 1980, p. 12; para su crítica, v. por todos, Voss 1981, b).

Paralelamente al trabajo de la mencionada Comisión, también se llevaron a cabo trabajos legislativos preparatorios en el Ministerio Federal de Justicia. Hasta 1980 —teniendo en cuenta que en absoluto se esperaba el fin de los trabajos de la Comisión— se contó al menos con las propuestas del Ministerio. En contra de una de las principales exigencias de la Comisión, la regulación en detalle de la práctica de la ejecución no se previó en una ley sino en un Decreto. Los principios legales de regulación de la ejecución penal para menores deberían dejarse en la Ley del Tribunal de Menores y aquí, únicamente a través de una reforma legal, se llevaría a cabo su ampliación y se precisaría el lenguaje. En cualquier caso, preveía el proyecto de ley tres escalones de desarrollo para la prosecución de la ejecución penal para menores. Para la realización de partes imprescindibles de la reforma —se pensaba sobre todo en las medidas arquitectónicas y de aumento de personal— se previó un lapso en conjunto de ocho años. Para el primer escalón ya se contabilizaban entre otras, medidas de costo razonable como la petición de auxiliares de libertad condicio-

nal, en casos de suspensión del cumplimiento del resto de la condena, mientras que durante la ejecución, se preveía la utilización de la prisión provisional para investigaciones de la personalidad o la interrupción de la pena para internamiento en un Hogar educativo para menores entre 14 y 16 años. Tras la conclusión del segundo escalón de desarrollo, debería disponerse de plazas de formación escolar y profesional para dos tercios de todos los presos menores. Durante la tercera fase de desarrollo, deberían haberse tomado finalmente las medidas arquitectónicas y organizativas (ejecución en grupos de convivencia e incluirse nuevas dotaciones de especialistas (v. la crítica al respecto de Voss/Papendorf, 1981).

Tomando en consideración las objeciones en materia de seguridad jurídica acerca del mencionado Decreto, y las objeciones de índole financiera por parte de los Estados federados, presentó el Ministerio en 1984 otra propuesta de ley de ejecución de penas para menores, la cual asumía casi completamente las previsiones de la ley de ejecución de penas para adultos, o, lo que viene a ser lo mismo, las disposiciones administrativas aplicadas desde 1977 para la ejecución de penas de menores que a su vez seguían a la ley de ejecución de penas (general). Se produce pues la sensación de que este trabajo de reforma pudiera, de hecho realizarse sin costo alguno. Las peculiaridades ya apuntadas de la propuesta de ejecución de penas para menores, como la intensa atención dedicada a la formación, adiestramiento social, o ejecución en grupos de convivencia, tienen más bien, un valor proclamatorio. Por su parte, las previsiones de tiempo para la realización de tales «reformas» ya no se hicieron constar. A partir de este alejamiento de la legislación respecto del concepto de resocialización, en la ejecución penal para menores no va a consistir —como podría esperarse— en una posición como la expuesta en la Introducción. Es decir, no se va a tratar de una postura que tenga en consideración los límites de la reforma aportados sistemáticamente. Dicho desvío o alejamiento va referido más bien a las prioridades políticas que desean ver asegurados en la ejecución penal los conceptos de seguridad y orden y no ven necesidad alguna de dar una cobertura de legitimación mediante un concepto de resocialización. Así, debe buscarse la relación de lo anterior con el hecho de que algunos Estados federados actualmente intentan lograr la vigencia legal de unos fines que se toman en consideración en el momento de la imposición de una pena privativa de libertad, pero que hasta el momento no se han trasladado a la ejecución penal, como el nivel de gravedad de la culpabilidad y la prevención general. Por ello deben decidir en el momento presente no sólo consideraciones de índole educativa o aseguradora en relación con la concesión de suavizaciones en la ejecución. Mas bien debería incluirse en la decisión la gravedad de

la culpabilidad como condición (Cfr. Scholz 1986, p. 363).

La colisión entre las exigencias impuestas legalmente (así, los párrafos 17 párrafo 2, 18 párrafo 2 de la Ley del Tribunal de Menores) y las manifestadas constantemente por la Jurisprudencia (así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Schleswig, de 10 de diciembre de 1984) es decir, entre la conformación educativa de la ejecución penal para menores y su realización en la práctica de la ejecución, se plantea debido a la manifiesta desviación del legislador federal respecto de los planes de reforma, aún más ahora que nunca. Schüler-Springorum, durante la sesión inaugural de la Comisión de ejecución penal para menores en 1977, advirtió de que, si se hacía peligrar los nuevos planes de reforma, debería desistirse de llevar adelante la pretensión de que en la privación de libertad existieran posibilidades racionales de aplicar medidas educativas (1977, p. 447). Además existían motivos para presentar nuevamente esta exigencia, unidos a la aparición de una decisión del mencionado Tribunal Superior de Justicia, de diciembre de 1984, sentencia ésta que disertaba valerosamente las posibilidades existentes —severamente restringidas— de educar para la libertad durante la privación de libertad.

#### CUARTA TESIS

*También en la Jurisprudencia se registran indicios de dudas sobre el concepto de resocialización en la ejecución penal para menores.*

Cuando durante un juicio en un Tribunal penal, debe probarse —en base a las por muchos motivos recortadas posibilidades de educar en un establecimiento de cumplimiento para menores— si la ejecución de penas para menores resulta compatible con la dignidad humana, esto resulta ya bastante impresionante, incluso si la cuestión se resuelve finalmente de manera afirmativa. Si por ejemplo se manifestara, como hace el citado Tribunal Superior de Schleswig (Sentencia de 10 de diciembre de 1984) que la ejecución penal para menores «sería irreparable, antieducativa» y, consecuentemente, la medición de la pena orientada en un sentido educativo —según el párrafo 17, párrafo 2, de la Ley del Tribunal de Menores— debería permanecer «como frase programática, utópica, ajena a la realidad e igualmente en el vacío», entonces, la pena de menores se haría inmerecedora de la constitucionalidad. Los establecimientos deberían, por tanto, cerrarse. Al oír estas afirmaciones, es de suponer que cualquier crítico de la ejecución, se reiría con ganas (Cfr. Schüler-Springorum, 1985). Por otro lado, si llevamos a cabo la prueba de la literatura científica empírica, que invoca el citado Tribunal Superior para respon-

der a la cuestión planteada, resulta que aquélla pone de vuelta y media a la ejecución penal de menores. Muchos autores —con nombre y prestigio en la Criminología en lengua alemana— son citados a efectos de evidenciar que es dominante la evaluación de la pena para menores como absolutamente contraindicada desde el punto de vista de la prevención especial, pues produce efectos disfuncionales. Sólo con el precario recurso de que no está demostrado que en todo caso y lugar la ejecución penal de menores revele tales efectos dañinos salvan los jueces la ejecución penal para menores ante el veredicto de inconstitucionalidad o ante el examen de esta cuestión ante el Tribunal Constitucional Federal.

Con todo, esta Sentencia continúa siendo una fuente importante en la búsqueda de argumentaciones y adhesiones en favor de una política de retirada de la ejecución penal (de menores). También el reconocimiento de su efecto *innegablemente* dañino debería fortalecer aún más la función de *ultima ratio* de la pena para menores al considerar y aceptar la exigencia educativa prevista en la ley, incluso si permanece la segunda alternativa de medición en la Ley de Tribunales de Menores, a saber, la consideración de la gravedad de la culpabilidad por el hecho (Cfr. Streng 1985 en un comentario a esta Sentencia).

Los argumentos a favor de la restricción de la ejecución penal de menores que a continuación se tratarán, son de índole económica: se refieren a un drástico descenso de la demanda de ejecución penal de menores en los años —y décadas— venideros. La tesis consiste en lo siguiente:

#### QUINTA TESIS

*La evolución demográfica y la de la criminalidad se encaminan —cada una por su lado— hacia un descenso, perceptible por lo demás, en la demanda de plazas de ejecución penal para menores.*

Los menores y adolescentes constituyen —como es sobradamente conocido— los grupos de población en los cuales se recluta la mayor parte de los delincuentes. Los menores y adolescentes constituyen el 14 por 100 de la población pero copan el 28 por 100 de los sospechosos de comisión de un delito registrados por la policía (1982). La cifra de ocupación de plazas de ejecución de penas por la criminalidad de menores en 1982 se elevaban a 5.500, la de los adolescentes a 7.000 y la de los adultos únicamente a 2.300 (menores varones: 8.800; adolescentes varones: 11.700). La evolución de la criminalidad juvenil indicaba entre 1965 y 1982 un claro incremento. La mencionada cifra de ocupación se dobló en ese período de tiempo durante el cual se produjo un escaso aumento en los adultos. Esta evolución despierta, a primera vista, temores de que se

produzca un incremento dramático de la inseguridad. Sin embargo, ya de la estadística criminal de la policía se extrae que el aumento se centra en los delitos contra la propiedad y patrimoniales con escasos daños. El crecimiento se refiere claramente en su mayor parte a la criminalidad de poca monta (delitos de bagatela).

Un buen indicador para esa presuposición es también la evolución observada al mismo tiempo en la cifra de condenados. El aumento en las fichas policiales no repercute en absoluto en el número de condenas. En los menores se ha observado un aumento de forma ligera a largo plazo; en la cifra de adolescentes, ya considerablemente cargada, se aprecia incluso un aumento de forma constante. En 1970 la cifra de condenados era de 3.300 como en el año 1983. Este pronunciado corte entre la cifra de ocupación ya vista y la cifra de condenados, sobrecarga el aumento de la criminalidad, por el aumento que se produce nuevamente en el ámbito de la criminalidad de poca monta. Debe además tenerse en cuenta que, por lo general, los procedimientos penales fueron sobreesidos (Cfr. Schuman 1985 a. p. 44 y ss.; v. para todas las cifras, Polizeiliche Kriminalstatistik, p. 1.965 y ss.).

En sus primeras manifestaciones, a partir de 1983, se marca ya una perceptible tendencia en la evolución de la criminalidad (v. al respecto Feltes, 1986). Es observable pues, desde entonces, un retroceso de la criminalidad juvenil registrada digno de consideración, y con él, un fuerte retroceso de menores condenados. En el año 1982 aún se registraron policialmente 234.983 menores e forma que se hundieron las cifras en el año 1984 (en 1983 no hubo cifras de sospechosos debido a una modificación estadística) hasta 157.360, para retroceder nuevamente en el lapso de tiempo hasta 1985 a 147.173 menores (Cfr. en su caso, Polizeiliche Kriminalstatistik 1982-1985, tabla 1.3.1.). A este respecto es únicamente digno de mención el retroceso de 1984 a 1985. Por desgracia coincide el retroceso realmente acontecido de la criminalidad juvenil registrada, con un retroceso elaborado artificialmente. En 1983, la estadística criminal de la policía se convirtió en un auténtico censo de sospechosos. Hasta entonces, los sospechosos que reincidían varias veces en el curso de un año natural, se computaban también varias veces y se incluían varias veces en la estadística de sospechosos. La estadística federal para 1983 —año éste en que se llevó a cabo la mencionada corrección— no indica, por esa razón, cifra alguna de sospechosos. La corrección del método de recuento se llevó sin embargo a cabo en algunos Estados federados ya en 1982, por lo que en las estadísticas de sospechosos en los mismos, se observan los retrocesos ya a partir de 1983 para los grupos de edad de menores y adolescentes. Por otro lado, el retroceso no debe agradecerse únicamente a la tendencia decreciente en la población. También

las cifras de ocupación de la criminalidad, a las cuales ya se hizo referencia, y para cuya obtención se tiene en cuenta este factor descontando lo necesario (cantidad relativa), se inclinan hasta un 10 por 100 hacia abajo. Hoy por hoy tan sólo puede especularse acerca de las causas de este retroceso en la cifra registrada de criminalidad, pues las formas de comportamiento de los menores y adolescentes no tienen por qué haber cambiado necesariamente. La modificación en los comportamientos de los ciudadanos en relación con las denuncias, subordinados a transformaciones en las condiciones de los seguros sobre los enseres de la casa o de automóviles para el pago parcial de daños en el chasis, podrían contabilizarse en la criminalidad consistente en hurtos o daños (Cfr. al respecto Brusten/Hoppe, 1986).

También en el nivel de la cifra de condenados —aquí no se produjo modificación alguna en la estadística— se reproduce un retroceso de la criminalidad juvenil. En el año 1982 aún fueron condenados 149.760 menores y adolescentes a tenor de la Ley de Tribunales de Menores. En el año 1985 se redujo la cifra hasta 119.126, lo cual implica un retroceso del 20,5 por 100 (Cfr. Statistisches Bundesamt, 1982, 1985, tabla 10). Si nos remitimos únicamente a los grupos de edad de los menores, la cifra de condenados se redujo de 87.476 en el año 1982 a 62.645 en 1985, lo cual supone una disminución porcentual del 28,4 por 100 (Cfr. «recht» enero/febrero 1987, p. 7). También aquí se mantiene el retroceso si se tiene en cuenta la influencia de la reducida cifra de nacimientos. La cifra de condenados (por 100.000 del grupo de edad) bajó de 1982 a 1983 en un 2,1 por 100, de 1983 a 1984 en un 9 por 100 y de 1984 a 1985 en un 8,4 por 100 más (Cfr. el mismo lugar).

## SEXTA TESIS

*La evolución de la sanción en la pena para menores y la evolución de las comprobaciones en la ejecución penal de menores, indican ya una franca disminución en el uso de la sanción jurídico penal de menores más dura.*

El punto de inflexión se situaba en la imposición de la pena incondicional de menores, con 8.572 aplicaciones en el año 1982. Desde entonces, retroceden los valores y en 1985 se aplicaron todavía, pero ya sólo 6.736 penas incondicionales de menores. Ahora bien, de la clasificación según la duración de la pena, se observa en cualquier caso, que permanece firme la tendencia a aplicar largas privaciones de libertad.

También en la estadística de ejecución de penas, la cual muestra los valores de vencimiento de la ocupación de los establecimientos (y no los valores de

cumplimiento anual como la estadística de condenados), se registran la misma tendencia. Las estadísticas muestran que la ejecución penal de menores en el año 1983 tuvo que enfrentarse al más lato nivel de ocupación, de 7.239 presos (31 de marzo). Este valor, de ahí en adelante, (31 de marzo 1986) ha decrecido hasta 5.334 (Cfr. Statistisches Bundesamt 1983-1986). Los censos mensuales del Ministerio Federal de Justicia para septiembre de 1986, reflejan sólo 5.080 presos en ejecución penal de menores. Resulta digno de mención que también el número de internos en ejecución penal de adultos ya ha disminuido a pesar de que la evolución demográfica permitía esperar valores más altos debido a que la pirámide de nacimientos de mediados de los sesenta se «desplaza» también a consecuencia de la ejecución penal de adultos.

De las anteriores reflexiones pueden extraerse las siguientes conclusiones y cifras:

1. A la vista del retroceso demográfico y de la evolución de la criminalidad y teniendo en cuenta el ya verificado retroceso en la ocupación de plazas de ejecución penal de menores, puede concluirse, que se cierne la amenaza en general —y en especial en los Estados federados en los cuales existen nuevos edificios para la ejecución penal de menores (Baden-Württemberg, Schleswig-Holstein)— de producirse un efecto de absorción, o bien, un efecto de retención, (exteriorizable por una cuota escasa de suspensión del resto de la pena; Cfr. con Ohle 1987, p. 383).

Tal efecto ya se ha exteriorizado como consecuencia de las nuevas construcciones para ejecución de penas (Cfr. Schumann 1984, p. 52).

Se sabe además, a partir de investigaciones estadounidenses, que existe una interdependencia general entre la oferta de plazas y la utilización de la ejecución penal (ABT/Carson 1980; Blumstein, entre otros, 1983; Krisberg entre otros, 1982; Pratt, 1985, p. 102 y ss.). Esto está en consonancia con la tesis general —bien documentada a través de los resultados de investigaciones criminológicas— de que existe una covariación entre el ámbito de la criminalidad registrada y la dotación personal de los órganos de persecución penal (Cfr. por ejemplo: Blumstein/Cohen 1973; Steffen 1976, 286). Si no se echa el cerrojo a su pleno rendimiento a través de una clara reducción de las capacidades, la cuota de encarcelamiento crecerá con toda probabilidad.

2. Debería prescindirse totalmente de la privación de libertad con fines educativos, como avance del desistimiento por parte del legislador de una reforma de la resocialización (Cfr. Müller/Otto 1986, p. XVI y ss.). Al mismo tiempo debería considerarse el aumento del límite de punición (para la pena de menores) a 16 o 18 años. La ejecución penal para menores es hoy, así y todo, una ejecución penal para adultos jóvenes. Tan sólo un 10 por 100 de los denominados presos jóvenes tienen menos de 18

años, la exclusión de este grupo de edad afectaría en toda la República federal a tan sólo 631 presos (1985).

La exclusión de los menores con 14 y 15 años de la ejecución penal, se propuso ya en 1980 en la Conferencia de Ministros jóvenes (Cfr. Albrecht/Schüler-Springorum, 1983, p. 7). Entre tanto, se ha investigado detenidamente acerca de la situación de este grupo de edad, insignificante desde el punto de vista numérico (V. Albrecht/Schüler-Springorum 1983). En conclusión, se proponía excluir de la ejecución a este grupo de edad —doblemente amenazado: por el síndrome carcelario y la jerarquía entre los presos— para evitar en un futuro próximo la producción de un efecto desocializador demostrado de forma especialmente intensa en los internos jóvenes (Cfr. ob. cit., p. 8). La especial receptividad de los jóvenes a influencias educativas, ha constituido el argumento clásico para instituir una ejecución penal de menores, educativa. Ahora que se sabe que los efectos negativos superan a las influencias positivas, el argumento de la receptividad hablará de forma especialmente persuasiva en favor de su exclusión —sobre todo de los menores.

En relación con este punto existen ejemplos internacionales. En Noruega se introdujo en el Parlamento una propuesta del Ministerio de Justicia, según la cual, debería empezar la mayoría de edad penal a los 16 años, dejándose la decisión al respecto pendiente de investigaciones ulteriores (Cfr. Stangeland 1985, p. 461 y ss.). En Suecia se declaró legalmente como excepcional la imposición de penas privativas de libertad en 1983 —los establecimientos de ejecución de penas de menores desaparecieron, como en Noruega en 1980— haciéndose dependientes de especiales circunstancias (Cfr. Cornils 1985, p. 501).

3. Un Derecho Penal de menores que calcula en forma provechosa sus posibilidades educativas podría volver sobre sus pasos y reflexionar sobre los principios limitadores clásicos de la regulación juricoporal de conflictos, cultivar este aspecto de manera especialmente intensa y situar en él su especificidad. Así, podrían medirse las penas en base al principio del mínimo daño y prescindir de la supervalorada función de la redención por el rendimiento. Podría concluirse con el siguiente principio: otorgar los más amplios derechos de defensa contra las coacciones estatales a aquellos que ostentan los menores poderes sociales (así también, Albrecht 1987, 65, 216 y ss.).

4. En las tesis expuestas se ha intentado mostrar que no pueden bastar sistemáticamente para la ejecución penal de menores sus metas preventivo-especiales dispuestas normativamente, que su justificación como institución educativa se ha estancado en el nivel legislativo, que la demanda de plazas en las cárceles —en base a la evolución disminuyente de la población y la decreciente criminalidad—

se ha reducido y que su concepto de tratamiento estético se ha puesto en tela de juicio a través del movimiento de la diversidad, exitoso desde el punto de vista político-criminal. Por otro lado, no hay expectativas de que se cierren los establecimientos penales para menores.

Si se quieren evaluar las posibilidades de éxito de la política de reforma esbozada al principio, deben tenerse en cuenta las condiciones estructurales que a finales de los 70 han elevado la demanda de aplicación de un procedimiento más informal. En este sentido, esta política se ha convertido en una cuestión de éxito a largo plazo, para la cual la forma jurídica adquiere una notoria importancia.

Sobre las condiciones estructurales puede decirse que los medios informales, de rápida eficacia, de concluir los procesos, se han necesitado en primer lugar para asimilar el flujo de delincuentes de los períodos anuales de mayor índice de nacimientos sin necesidad de modificar el costoso aparato judicial. La disposición de la oferta de una sanción dinámica, nuevamente viene acompañada de la creciente sobrecarga en la ejecución penal, cuya capacidad eventualmente a corto plazo se suponía que no debía ampliarse (Cfr. Voss, 1983). A nivel jurídico, las reformas no se introdujeron a través de modificaciones legislativas del derecho material o procesal. Más bien, se trabajó hasta entonces exclusivamente con soluciones «ejecutivas». La aplicación del Derecho Procesal penal y del Derecho Penal se reguló a la vez novedosamente con disposiciones del Ministerio de Justicia o con Directivas de las Fiscalías. Así, se levantaron barreras valorativas bajo las cuales habría de abstenerse de aplicar consecuencias jurídicas para determinados delitos contra la propiedad. Así, se formuló un concepto de delincuente primario que conduciría al desistimiento de sancionar determinados delitos. Todas estas disposiciones rigen en el ámbito regional sólo temporalmente. Aquí se aprecia por ejemplo la tendencia —observable generalmente— a una revalorización del ejecutivo a costa del legislativo, a una «política criminal sin legitimidad» (Cfr. Backes, 1986). La autonomía y las soluciones administrativas son cuestionadas en el tiempo, no sólo como garantía de flexibilidad en la instrumentación del Derecho Penal, sino también para discernir las funciones simbólicas del Derecho Penal, de sus resultados instrumentales.

El desistimiento de soluciones jurídico-materiales, el desistimiento, por tanto, de la desincriminación en la liberalización de las reacciones jurídico-penales en materia de menores, nos muestra dos aspectos. En el ámbito de intervención (instrumental) de los controles sociales en materia jurídico-penal de menores, un desistimiento de sancionar a una retirada de la represión a la vez, sólo se permitiría con reservas. La retirada de un plumazo por parte de la administración, continúa vigente como posibilidad aplicable eventualmente al programa de reforma. Por

otro lado, para el ámbito preventivo (simbólico), la política de la diversidad, ofrece la ventaja de la solución «invisible». A diferencia de lo que ocurre con la desincriminación legislativa, la norma permanece intacta, se ejecutan las medidas de política criminal dentro del umbral de atención de los *lobbies* normativos de agentes confesionales correspondientes.

Una política abolicionista que se interesa por una restricción de la justicia penal en favor de una regulación autónoma de conflictos, no puede considerar la política de la diversidad como un éxito. Más bien al contrario, la nueva flexibilización de las formas de procedimiento y sanción jurídico-penal para jóvenes, aparece como programa de inmunización frente a una política criminal abolicionista. La estrategia de diversidad jurídico-procesal permite privar de eficacia —selectivamente— a aquellas normas jurídicas materiales (por ejemplo: en los delincuentes primarios) en las cuales se inflama la crítica liberal frente a la justicia penal y al mismo tiempo asegurar (por ejemplo, autores reincidentes) ahí donde se sitúa la crítica conservadora. La diversidad aparece, por tanto, en el sentido de optimización instrumental y aprovisionamiento legitimatorio. La cárcel por su parte conserva su lugar en un programa de control con dos intensidades: una extensa actualidad con una puntual dureza.

(Traducción de  
Miguel A. COBOS GOMEZ DE LINARES)

#### NOTAS

ABT/Kenneth Carlson, Population, Trends and Projection, en Abt Associates, Inc., American Prisons and Jails, Vol. II, Washington 1980.

Albrecht Peter-Alexis, Jugendstrafrecht, ein Studienbuch, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987.

Albrecht Peter-Alexis/Horst Schuler-Springorum (Hrsg.), Jugendstrafe an Vierzehn- und Fünfzehnjährigen Strukturen und Probleme, München (Fink) 1983.

Albrecht Peter-Alexis u. a., Jugendstrafvollzug und Kriminalprävention, en: Schüler-Springorum, Horst editor, Jugend und Kriminalität, Frankfurt 1983, pp. 156-167.

Backes Otto, Kriminalpolitik ohne Legitimität, en: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, cuaderno 4/1986, pp. 315-342.

Baumann Karl-Heinz/Winfried Maetze/Hans-Georg Mey, Zur Rückfälligkeit nach Strafvollzug, en: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 3/83, pp. 133-148.

Bettmer F./Kreisel R./Voss M., Die Kohortenforschung als symbolische Ordnungsmacht Zur Neuordnung von Kriminalität zwischen Diversion und «Selective Incapacitation», en: Kriminologisches Journal, 2/1988.

Blumstein Alfred/Jacqueline Cohen/William Gooding, The Influence of Capacity on Prison Population. A Critical Review of Some Recent Evidence, en: Crime and Delinquency, enero 1983 (Vol. 29, n.º 1) 1-51.

Brusten Manfred/Rolf Hoppe, Greifen unsere Theorien noch? Entwicklung und Struktur der Kriminalität als Folge «betriebswirtschaftlicher Entscheidungen» am Beispiel von Ladendiebstahl und «Schwarzfahren», en: Kriminologisches Journal, 1. Cuaderno 1986, S. 45-73.

Busch, M., *Ambulante Reaktionssysteme bei Jugendkriminalität-Möglichkeiten und Grenzen*, en: Institut für Soziale Arbeit e V (Editor), *Soziale Trainingskurse*, Münster 1983, 8-40

Cornish Derek B., *Evaluating Residential Treatment for Delinquents: A Cautionary Tale*, en: Hurrelmann, K./Kaufmann, F.-Z./Lösel, F., *Social Intervention: Potential and Constraints*, Berlin/New York 1987, 333-345.

Dünkel Frieder, *Legalbewährung nach sozialtherapeutischer Behandlung*, Berlin 1980.

Dünkel Frieder, *Situation und Reform der Jugendstrafe*, en: el mismo, Klaus Meyer (Editor), *Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug*, Freiburg 1985, pp. 45-256.

Feltes Thomas, *Die Wende?* en: *Bewährungshilfe*, cuaderno 3/1986, pp. 233-263.

Habermas J., *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, Frankfurt 1974.

Heinz Wolfgang, *Neue ambulante Maßnahmen nach dem Jugendgerichtsgesetz-Empirische Bestandsaufnahme und kriminalpolitische Perspektiven* en: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 3/1987, 129-154.

Heinz Wolfgang/Christine Hugel, *Erzieherische Maßnahmen im deutschen Jugendstrafrecht*, Bonn 1987.

Informe final de la Comisión de ejecución de penas para menores, editado por el Ministerio Federal de Justicia, Köln 1980

Krisberg Barry/Ira Schwartz, *Rethinking Juvenile Justice*, Hubert Humphrey Institute of Public Affairs, Minneapolis. Junio 9, 1982.

Liebe Ulrike M./Klaus-Peter Meyer, *Rückfall oder Legalbewährung*, Bremen (Tesis doctoral/1981).

Ludwig Wolfgang, *Die Funktion des Erziehungsgedankens im Jugendstrafvollzug*, en: *Zentralblatt für Jugendrecht*, N.º 8/9, 1986, pp. 33-339.

Martinson Robert, *What Works? Questions and Answers about Prison Reform in: The Public Interest*, N.º 35 (1974), pp. 22-54.

Müller, Siegfried/Hans-Uwe Otto, *Sozialarbeit im Souterrain der Justiz. Plädoyer zur Aufkündigung einer verhängnisvollen Allianz*, en: el mismo (editores) *Damit Erziehung nicht zur Strafe wird Bielefeld* (KT-Verlag) 1986, VII-XVII.

Ohle, Krl-Heinz, *Gibt es eine «Sogwirkung der leeren Zellen» im Jugendstrafvollzug?* en: *DVJJ* (editores), *Und wenn es künftig weniger werden - Die Herausforderung der geburtenschwachen Jahrgänge*, München 1987, 381-385.

Papendorf Knut/Karl F. Schumann/Michael Voss, *Kritik der Jugendstrafvollzugsreform. Argumente wider die ASJ-Thesen*, en: *Kriminologisches Journal*, 2/1980, pp. 81-97.

Pilgram Arno/Heinz Steinert, *Plädoyer für bessere Gründe für die Abschaffung der Gefängnisse*, en: Ortner, H. (editor), *Freiheit statt Strafe*, Frankfurt 1981, pp. 133-154.

Pratt John, *Delinquency as al Scarce Resource*, en: *The Howard Journal*, Vol. 24, N.º 2/1985, 93-107.

Rehn Gerhard, *Behandlung im Strafvollzug. Ergebnisse einer vergleichenden Untersuchung der Rückfallquote bei entlassenen Strafgefangenen*. Weinheim 1979.

Scholz Rupert, *10 Jahre Strafvollzugsgesetz*, en: *Bewährungshilfe*, n.º 4/1986, 361-366.

Schüler-Springorum Horst, *Hauptprobleme einer gesetzlichen Regelung des Jugendstrafvollzugs*, en: Herren, R. y otros (edito-

res), *Kultur-Kriminalität-Strafrecht, homenaje a Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag*, Berlin 1977, pp. 425-447.

Schüler-Springorum Horst, *Strafvollzug: eine absurde Veranstaltung* en: *Der Lichtblick*, noviembre 1984, pp. 10-13.

Schüler-Springorum Horst, *comentario a OLG Schleswig, sentencia de 10-12-1984*, en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 10/1985, pp. 475-480.

Schumann Karl F., *Aufforderung zum Verzicht auf Gefängnisneubauten in Hessen und anderswo*, en: *Kriminalsoziologische Bibliographie*, cuaderno 45/1984, pp. 48-56.

Schumann Karl F., *Daten zur Jugendkriminalität und Sanktionsverhängung: historische Entwicklung der Gesetzesinitiativen von 1970 bis zum aktuellen Referentenentwurf*, en: *Anhörung der Fraktion Die Grünen im Bundestag zum Thema Jugendkriminalität und Strafvollzug*, Bonn 1985a.

Schumann Karl F. *Jugendarrest und/oder Betreuungsweisung*, Schriftenreihe der Wissenschaftlichen Einheit Kriminalpolitikforschung, Universität Bremen 1985b.

Schumann Karl F./Michael Voss, *Versuchte Gefangenenerfreierung. Über die Abschaffung der Jugendgefängnisse im US-Staat Massachusetts im Januar 1972 und die Entwicklung seither*, en: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2/81, pp. 168-224.

Stangeland Per, *Freiheitsentziehende Reaktionen und Alternativen zur Gefängnisstrafe bei Minderjährigen in Norwegen*, en: Dünkel, Frieder/Klaus Meyer, *Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug*, Tomo 1, Freiburg 1985, pp. 463-496.

Statistisches Bundesamt (editores) *Cifras escogidas para Derecho*. Tabla 3.8, Wiesbaden 1973-1984.

Statistisches Bundesamt (editores) (Oficina Federal de Estadística). *Especialidad 10, Derecho, Serie 3: persecución penal*, 1982, 1985.

Statistisches Bundesamt (editores), *Derecho, Serie 4, Persecución penal*, 1983-1986.

Steffen Wiebke, *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, BHU-Forschungsreihe, Wiesbaden 1976, Band 4.

Streng Franz, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Schleswig-Holstein, de 10-12-1984*, en: *Strafverteidiger* 10/1985, pp. 420-429.

Treiber Hubert, *Wie man Soldaten macht*, Düsseldorf, 1973.

Subcomisión «Kriminalpolitisches Programm», *Stellungnahme zu den ASJ-Thesen*, en: *Frankfurter Rundschau* 4-5/5-5-1981.

Voss Michael, *Einkerkerung statt Entkerkerung. Die Folgen der amerikanischen Diversionpolitik*, en: *Kriminologisches Journal* 4/1981 a, pp. 247-262.

Voss Michael, *Reform zum Schlechten? Eine Kritik am Schlussbericht der Jugendstrafvollzugskommission*, in: *Neue Praxis* 3/1981 b, pp. 215-227.

Voss Michael, *Über das keineswegs zufällige Zusammentreffen von Gefängnisausbau und der Einrichtung ambulanter Alternativen*, en: Kerner, H.-J. (editores), *Diversion statt Strafe?* Heidelberg 1983, 95-116.

Voss Michael, *Tendenzen strafrechtlicher Sozialkontrolle, enÑ Kriminalpädagogische Praxis*, cuaderno 18/1984, pp. 23-28.

Voss Michael, *Abbau statt Ausbau des Jugendstrafvollzugs*, en: *Anhörung der Fraktion der Grünen im Bundestag zum Thema Jugendkriminalität und-Strafvollzug*, Bonn 1985, pp. 171-198.

# ESTUDIOS

## Sobre el significado y vigencia del Jurado

Ernesto PEDRAZ PENALVA

### SUMARIO

I. Introducción. Problemas suscitados en torno a la reimplantación del Jurado. II. Origen y significado del Jurado continental europeo. III. Conclusiones.

I. La apasionada controversia surgida a favor y en contra de la participación popular en la Administración de Justicia trae origen inmediato de la normativa fundamental plasmada en el artículo 125 de nuestra Carga Magna y en su consiguiente interpretación<sup>1</sup>. Al utilizar el término constitucional de «participación»<sup>2</sup> pretendo excluir supuestos que en verdad son de colaboración, cooperación o auxilio con los Juzgados y Tribunales como, entre otros, pueden ser los de los asesores técnicos, el del denominado «jurado de acusación» (o «Grand jury»<sup>3</sup> —vigente en el Reino Unido hasta 1933 y que aún subsiste en Estados Unidos de Norteamérica<sup>4</sup>—, e incluso, desde la perspectiva de «un control democrático de la organización judicial», el de la intervención de los ciudadanos en sus órganos de gobierno —primordialmente en el Consejo del Poder Judicial—, etc.<sup>5</sup>.

Objeto de este trabajo va a ser, por consiguiente, el Jurado, esto es, el Tribunal compuesto por jueces técnicos y legos, previsto para el enjuiciamiento de las causas penales<sup>6</sup>. Obsérvese que aludo de modo exclusivo al ámbito procesal penal en clara congruencia con lo sancionado en el citado artículo 125 CE («... y con respecto a aquellos procesos penales...»), precepto en el que se restringe a esa sede de la actuación del Jurado<sup>7</sup>.

El desacuerdo vigente entre los tratadistas en torno a la interpretación y modo de llevar a cabo el mandato contenido en nuestra Primera Norma respecto a la participación ciudadana en la Justicia, en-

tre otros puntos, parece centrado en los siguientes:

En primer lugar, acerca de si la Ley del Jurado de 1888 fue objeto de derogación o por el contrario de mera suspensión. De este modo, por algunos autores, se ha dicho que «está simplemente en desuso, por cuanto jamás fue derogada, sino suspendida en 1936 por un decreto-ley de la Junta de Defensa nacional», que en ningún momento posterior fue sancionado por las Cortes<sup>8</sup>, contrariamente, por otro sector de la literatura, se ha afirmado que puede y debe considerarse derogada<sup>9</sup>.

En verdad las circunstancias por las que atravesó la Ley del Jurado de 1888 fueron muy complejas<sup>10</sup>. En 1907 se excluyeron del conocimiento de este Tribunal popular —con eficacia tal restricción únicamente en las provincias de Barcelona y Gerona— una serie de figuras delictivas; en 1920, y sólo para Barcelona, se suprimió el jurado para los delitos de terrorismo; en 1923 se suspendió el juicio por jurados en todo el territorio español; en 1931, mediante un Real Decreto —promulgado tres días antes de la proclamación de la II República — fue restablecido pretendiéndose su entrada<sup>11</sup> en vigor en enero de 1932; en varios decretos de 1931 (de 27 de abril, 18 de junio, 22 de septiembre, etc.), se introdujeron modificaciones en la Ley de 1888 relativas a las atribuciones de estos Tribunales, elaboración de listas de jurados, etc.; la Constitución de 1931 —de 9 de diciembre— recogió asimismo este instituto, genéricamente en su artículo 103 y, con particular referencia a los procesos para la exacción de la responsabilidad civil y criminal de jueces, magistrados y fiscales, en el artículo 99 (esta norma fue legalmente desarrollada en 13 de junio de 1936); por Ley de 27 de julio de 1933 se redujo sensiblemente su competencia objetiva al sustraerse de su ámbito de conocimiento los delitos de terrorismo, tendencia limitativa confirmada con la Ley de 5 de agosto del mismo año que excluyó de su esfera la declaración del es-

tado de peligrosidad e imposición de las pertinentes medidas asegurativas; la Ley de 17 de julio de 1935 implantó para el enjuiciamiento de determinadas causas atribuidas a la Sala de Justicia Militar del Tribunal Supremo un órgano formado por magistrados y por dos generales de división del Ejército, designados estos últimos por el Ministerio de la Guerra<sup>12</sup>. Con la guerra civil la Administración de Justicia pasó, en una zona, a manos principalmente de los Tribunales populares y, en la otra, a los Tribunales militares<sup>13</sup>, suspendiéndose en esta última —la denominada nacional— el funcionamiento de los jurados mediante Decreto de 8 de septiembre de 1936<sup>14</sup>.

Si las circunstancias relatadas se conectan con la promulgación del vigente texto constitucional podría concluirse que la discusión en torno a la derogación o suspensión de la Ley del Jurado de 1888 es estéril. Lo decisivo es el hecho de que la Constitución de 1978 supone, y tiene que suponer, el punto de partida de cualquier desarrollo legislativo del mandato contenido en el artículo 125, sin olvidar, además, que en virtud de la Disposición derogatoria tercera, gran parte de esa decimonónica Ley está en evidente contradicción con nuestra Carta Magna<sup>15</sup>.

En segundo lugar, el tema de si el tan mencionado artículo 125 CE acoge únicamente al viejo y ya superado modelo clásico francés (Jurado puro) o si por el contrario la expresión «... los ciudadanos podrán ... participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma ... que la Ley determine mediante...», permite interpretarlo genéricamente y, por ende, tiene cabida el denominado Jurado mixto o escabinado (en el que junto a jueces peritos en Derecho o profesionales intervienen también elementos laicos, contribuyendo simultánea y de modo equivalente a formar la voluntad del órgano colegiado sentenciador). A mi juicio coexisten varias posibilidades de entender el dictado constitucional del artículo 125 y, en último extremo, de desarrollarlo en relación con lo previsto en los artículos 9.2 y 23 también de la CE, con lo que en principio discrepo de la posición de aquellos que, partidarios de una única lectura, mantienen que sólo viene acogido en nuestra Primera Norma el Jurado puro<sup>16</sup>. Con ello me identifico con autores como Fairén Guillen, Gimeno Sendra, Martín Ostos, Vega Ruiz, Soriano, Lizaso Puertas, etc., para quienes el escabinado (o escabinato) o jurado mixto es plenamente constitucional<sup>17</sup>, por cuanto el uso por la Ley Fundamental del término «jurado» no significó que el constituyente optara por el puro o clásico, sino, de un lado, desterrar los «tribunales populares» (con todas las connotaciones que históricamente tuvieron) y, de otro, adecuarse al término castellano «jurado» habida cuenta de que, aún, y pese a su general utilización ya en el siglo XIX, el de escabinado o escabinato —de origen francés— no ha sido recibido en el Diccionario de la Real Academia Española

la de la Lengua. Es importante a este tenor recordar asimismo que en el Código procesal penal francés vigente se sigue hablando de «jury» para denominar al miembro no profesional de la «Cour d'Assises».

Por los que se han decantado a favor de la restauración a ultranza del absoleto jurado puro se tilda de «fraude a la Constitución»<sup>18</sup> y, en último término, a la participación popular en ella consagrada, cualquier intento de introducir el escabinado sin prestar mientes —como entre otros ha sido señalado por Martín Ostos<sup>19</sup>— al hecho de que el grado de participación ciudadana en la Administración de Justicia a través del jurado mixto es superior al que posibilita el puro (ocupando los miembros honorarios una posición en pie de igualdad a la de los profesionales, según afirma De Miguel y Alonso<sup>20</sup> en cuanto que el ciudadano interviene en la discusión y pronunciamiento no solamente de una parte de la sentencia, como acaece en el clásico<sup>20bis</sup>, sino que decide tanto sobre el hecho como sobre el derecho, sobre la culpabilidad como sobre la pena.

En tercer lugar, no existe acuerdo entre los estudiosos en torno a si la participación popular en la Administración de Justicia a través del jurado —ya puro, ya mixto— constituye no sólo un derecho sino también un deber. En este sentido Gimeno Sendra sostiene que «se trata de un derecho, perteneciente a la esfera del «status activae civitatis»... Pero al propio tiempo, ... no es sólo un derecho sino que entraña también el ejercicio de un deber... el jurado pertenece a la categoría, acuñada por Carnelutti, de los «derechos-deberes»: Y es que también constituye una obligación del ciudadano prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (118 CE)<sup>21</sup>.

Con relación a este extremo podría destacarse:

a) Que la figura del «derecho-deber» es de difícil aplicación en el ámbito de los derechos públicos subjetivos. Debe tenerse en cuenta, además, la no muy feliz redacción de los artículos 125 CE y 19.2 y 83.2 LOPJ. En el 125 CE, cuyo tenor coincide con el del artículo 19.2 LOPJ, se habla de que «... podrán participar...». En el artículo 83.2 a) LOPJ se dice que «... la función del jurado será obligatoria...». Es decir, el legislador constituyente consagra un derecho del ciudadano que debe ser instrumentalizado por el legislador ordinario. En el mencionado artículo 83.2 a) LOPJ el legislador ordinario regula como obligación la participación ciudadana en la Administración de Justicia a través del jurado. El rango de ambas normas es distinto, con clara primacía del de la Carta Magna, pudiéndose acaso entender que la LOPJ ha ido más allá del mandato constitucional contenido en el artículo 125 CE al transformar el deber lo que en ese precepto se configuraba como derecho. Parece difícil situar al mismo nivel el derecho constitucional y la obligación legal. Soy consciente, no obstante, de que, a semejanza de otros ordena-

mientos y teniendo en cuenta la experiencia habida en ellos como asimismo la histórica española, ha pretendido el legislador ordinario protegerse contra el endémico, absentismo de los ciudadanos en esta tarea de participar en la Justicia, primordialmente evidenciado en determinado tipo de causas, bien por el objeto de las mismas, bien por los sujetos enjuiciados.

En el Derecho comparado se ha llegado a decir, así por Amodio<sup>22</sup>, que el principio de participación popular presente en las raíces ideológicas del jurado, tuvo una acepción profundamente distinta de la elaborada modernamente sobre la base de las normas constitucionales. Al «pueblo» ante todo, no correspondía la jurisdicción, sino sólo limitar sus abusos, de manera que ser jurado no constituía un derecho sino un deber del ciudadano, (con todo lo que liberalmente implica ser ciudadano, añadiríamos nosotros) asimilable al de pagar impuestos. De este modo, según puso de manifiesto Lanza<sup>23</sup> hay una analogía entre la prestación del servicio militar y la asunción de la función de jurado, pudiendo ambas ser consideradas como «formas de contribución personal»<sup>24</sup>. En nuestro derecho histórico, contrariamente, por autores como Pacheco se llegó a decir que «... no es un derecho individual, ni un derecho del ciudadano. La organización del jurado es una función social, un derecho de la sociedad, un derecho del Estado, un derecho de la Nación»<sup>25</sup>, postura también sustentada por Martos, quien, tras afirmar que su apreciación como derecho era opinable, dijo que «basta a mi objeto considerarlo como una función social... cuyo desempeño toca a los ciudadanos...»<sup>26</sup>.

De lo dicho podríamos concluir que no acogiendo la Ley Fundamental española tal derecho de participación en la Justicia como deber resulta difícilmente armonizable con la rotunda afirmación, si recogida, por el contrario, en la LOPJ. Tal dificultad se incrementa en cuanto la expresión «... podrán...» del artículo 125 CE y 19.2 LOPJ es común al jurado y a la acción popular y nadie puede pensar que el ejercicio de ésta pueda resultar obligatorio. A esto puede agregarse la dudosa conveniencia de que se articule como obligación el desempeño de una tarea que exige la concurrencia de toda la buena voluntad, disposición y aptitudes del ciudadano (que sustituirán o complementarán la rutina e indiferencia que por algunos se atribuye al Juez profesional), cuya prestación no espontánea —su omisión es penalmente sancionable— podría conspirar contra la rectitud y prudencia del veredicto.

b) En relación con lo anterior, es decir la configuración del derecho a ser jurado también como deber, cabe plantear la posibilidad de reconocer, en su caso, la objeción de conciencia como causa para poder abstenerse de ser jurado. A este respecto hay que tener en cuenta que en Francia, por la Ley de 1980, se adicionó al artículo 258 del Código de Pro-

cedimiento Criminal un párrafo según el cual la objeción moral de tipo laico o religioso no constituía motivo grave susceptible de justificar la exclusión de la lista de jurados.

c) Aun en el supuesto de que, efectivamente, se acatara la configuración también como deber del derecho constitucional popular en la Administración de Justicia, lo que resultaría evidentemente exigible al legislador, sería la subsunción de las conductas contrarias a tal deber en los actuales tipos penales sin recurrir a esa práctica, desgraciadamente no muy infrecuente entre nosotros, de crear figuras nuevas delictivas al margen del Código Penal. Dentro de éstas, dispuso que podría constituir el incumplimiento de esa obligación un delito de denegación de auxilio (sancionado en el artículo 372 CP), más que uno de desobediencia, como se ha sostenido por algún autor, por cuanto el fundamento de aquella conducta punible descansa en el deber de cooperar, incurriendo en la misma el que se negara a ello y no se trata de una simple negativa a acatar una orden que suponga menoscabo del principio de autoridad. De esta manera se evita la exaltación del mero principio de autoridad en favor del de la tutela de un interés general (artículo 118 en relación con el 117, ambos de la CE).

En cuarto lugar, constituye asimismo, objeto de polémica si la celebración del juicio mediante jurados ha de quedar o no a la elección del acusado. Ya en la Orden de 14 de julio de 1931 (Gaceta del 16) se recordó su carácter potestativo, pudiendo por tanto los procesados optar por el Tribunal profesional o por el popular. Recientemente, López Muñoz subrayando —innecesariamente, a mi juicio— que el Tribunal profesional no desaparece con el del jurado, ha dicho que «... viene a constituir una opción adicional que tiene el inculcado para decidir si quiere ser juzgado por un Tribunal de conciencia o un Tribunal de derecho estricto...»<sup>27</sup>; el profesor Almagro Nosete se muestra partidario de implantar el jurado con carácter electivo, con lo que, coherente y lógicamente, sostiene que ha de permitirse al justiciable que «... pueda elegir entre que lo juzgue un Tribunal de jurado, que lo juzguen sus pares o que lo juzgue un Tribunal solamente de técnicos...»<sup>28</sup>. En contra de estas opiniones, Prieto-Castro<sup>29</sup> condena radicalmente tal alternativa por estimarla inconstitucional al infringir el artículo 24 CE (que proclama la admisibilidad del juez ordinario predeterminado por la ley); asimismo, Gimeno arguye que esa configuración del derecho al jurado como un derecho potestativo del acusado es inaceptable, «en primer lugar, porque podría vulnerarse el principio de «igualdad de armas», implícitamente recogido en el artículo 14 CE, al no conferirse también dicha posibilidad a las partes acusadoras —y, si se otorgara también a ellas, podría suceder que no llegara a constituirse el jurado ante la actitud del Ministerio Fiscal, tal y como acontece en Portugal—; en se-

gundo lugar, porque, con independencia de que en la práctica este derecho potestativo podría traducirse en desprestigio de la propia institución del jurado, la puesta en relación del artículo 24.2 con el 125 CE podría llevar a la conclusión de una posible vulneración del juez legal en materia penal, que, dentro de su competencia objetiva, ha de ser el Tribunal del jurado; finalmente porque si el carácter imperativo de las normas procesales penales impide su disposición, mucho menos puede reconocerse una esfera de la autonomía de la voluntad en la constitución de un órgano jurisdiccional»<sup>30</sup>.

En quinto lugar, y no menos importante por ocupar este orden en la enumeración, está el problema relativo a la articulación de un sistema eficaz y efectivo de selección de los jueces honorarios que no resulte excesivamente costoso y que no sea restrictivo ni clasista<sup>31</sup>.

Finalmente, en sexto lugar, al tratar el tema de la determinación de la competencia objetiva del Tribunal popular, no hay acuerdo acerca de la exclusión de su conocimiento de determinados delitos como, por ejemplo, el de terrorismo, los económicos, los de escasa entidad («Bagatellsdelikte»), etc.<sup>32</sup>

II. Del simple enunciado de los principales problemas en torno al jurado, objeto de discusión en la doctrina, dimana la práctica imposibilidad de tratar de estudiarlos en este trabajo con un mínimo rigor, tarea únicamente factible si se emprende con carácter monográfico. Me centraré por consiguiente en el relativo a la vigencia y consecuente adecuación de este instituto a nuestra Norma Fundamental, lo que va a exigir tener en cuenta el significado originario del recibido jurado francés como el de su evolución.

El sentido de esas líneas radica en la oposición, que lamentablemente parece resuelta en España, a favor del jurado puro o clásico (en contra del parecer técnico de la mayoría del sector más progresista del Derecho procesal). Entre los argumentos que parecen subyacer en el fundamento de tal alternativa destaca el decimonónico, hoy ya ideológico y susceptible al menos de ser considerado demagógico —a espaldas de avances científicos y sociales—, de etiquetar al jurado clásico como instituto netamente democrático<sup>33</sup> —e incluso creador de democracia—, oportuno además si se tiene en cuenta el también esgrimido argumento del deterioro de nuestra Administración de Justicia, necesitada así de «legitimidad democrática». En cuanto estudioso del Derecho procesal, partidario del acercamiento de la Administración al ciudadano y particularmente de la Justicia a través de la fórmula ya experimentada del escabinato (como indiqué más arriba), me parece obligado objetar y acaso denunciar posiciones tendentes en suma a restaurar el trasnochado instituto del jurado puro, que prescinden de las razones que desaconsejan tal propósito y desdibujan en verdad el carácter democrático del precepto constitucional que se intenta cumplir.

El jurado recibido en España en el siglo XIX, al igual que en los demás países europeos continentales, fue el revolucionario francés, muy lejano al modelo inglés de tan distinto origen y legitimación. Liberalmente su incorporación a la Administración de Justicia respondía, desde su específica misión de contribuir a la «liberalización» de la sociedad, a unos presupuestos ideológicos y políticos determinados: a un concepto de Estado y sociedad que ya no está en vigor y, consecuentemente, a un sistema de división de poderes y a un concepto de ley que han perdido su significado en nuestro momento<sup>34</sup>. El Estado liberal, organizado teóricamente a través de las tres funciones estatales: legislativa, ejecutiva y judicial, ya desde el principio, destacando la legitimidad social de las dos primeras descalifica y configura como «invisible y nula» a la ya jurisdiccional (Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, XI, VI). Ejecutivo y legislativo integran públicamente los poderes socialmente existentes, apareciendo el judicial como carente de papel político alguno por cuanto, de un lado, su carácter se circunscribe a la mera subsunción de los hechos en la ley a través de la correspondiente sentencia, y de otro, porque la potestad de juzgar no debe ser atribuida a un senado permanente sino ejercida por persona extraídas del seno del pueblo... para formar un Tribunal que no dure más que lo que la necesidad lo exija...» (Montesquieu, XI, VI). Dos elementos interesa destacar: ley y jurado, que de consuno articulan la concepción de la Jurisdicción y su consiguiente descalificación como poder, así como su organización.

El jurado es liberalmente acogido en la Administración de Justicia con una doble finalidad:

A) Negativa, como instrumento frente al poder arbitrario del Rey y otros poderes residuales. La reconstrucción burguesa del judicial supuso históricamente una antagónica e inmediata respuesta a la posición y papel desenvuelto por los «Parlements»<sup>35</sup>. El nuevo Estado, liberal, con un equilibrio originario destinado a resolverse, con el predominio inicial del legislativo y, una vez liberalizada la sociedad, con el del ejecutivo (ya burgués), no podía permitirse el arbitrio de las antiguas corporaciones de magistrados (integradas casi exclusivamente por representantes de la nobleza y clero del Antiguo Régimen) —o si se prefiere el absolutismo judicial—, lesivo de la libertad individual<sup>36</sup> ni tampoco, en un primer momento, residenciar en el ejecutivo la Administración de Justicia al que estarían sometidos los magistrados profesionales por aquél designados<sup>37</sup>.

B) Positiva, como instrumento de la clase burguesa para su consolidación social.

Del mismo modo que el ciudadano tenía el derecho a participar políticamente, debía intervenir en la aplicación de la ley al caso concreto<sup>38</sup>, evitando de ese modo cualquier desviación de su objeto por el carácter judicial subsistente del viejo poder. Se completaba así el ciclo de control burgués de creación

de la ley general —expresión de los intereses de esa clase representada por sus iguales en el Parlamento—<sup>39</sup> con el de su aplicación al caso concreto (momento en el que no podía permitirse el peligro de su interpretación, sino de modo exclusivo la interesada subsunción en ella de los hechos constitutivos del litigio) en conformidad con el rechazo del viejo juez profesional<sup>40</sup>. Este particularismo burgués en la instrumentalización del jurado (consecuente, pues, con la homogeneidad y particularidad de los intereses hechos valer en el Parlamento), ya fue rotundamente denunciado por Marat en el siguiente texto: «... Para echar polvo en los ojos y hacer creer que la Constitución está realmente fundada en los principios enunciados en la declaración de Derechos, los titiriteros de los comités de redacción la han acompañado del decreto que abole los títulos... y cualquier privilegio que atente contra el Derecho común de todos los franceses. Pero es falso que los padres conscriptos hayan, como pretenden, abolido toda institución que hiera la libertad e igualdad de los derechos; puesto que han comenzado por establecer como base de su trabajo las más humillantes distinciones, las más injuriosas e injustas, al excluir del derecho de ciudadanía, de elegibilidad en los cargos públicos y del honor de servir a la patria, a la innumerable clase de los desposeídos, declarados inactivos, no hábiles como electores, administradores, jueces y representantes del pueblo con sus decretos sobre la contribución directa de las tres jornadas de trabajo, de las diez jornadas de trabajo y del marco de plata, no han hecho sino sustituir las distinciones del nacimiento por las que la fortuna, la influencia de las dignidades por la del oro, la más vil y funesta de las prerrogativas...»<sup>41</sup>. Adquiere, por tanto, pleno significado la normativa consagrada en el «Code d'instruction criminelle» de 16-29 de septiembre de 1791 que, en su Título XI, se preocupa mucho de prescribir que la cualidad de jurado corresponde a todos los ciudadanos en los que concurren las condiciones exigidas para ser electores; esta expresión, que «prima facie» podría resultar un tanto equívoca, es explicada por Boitard, acudiendo a la legislación de la época, del modo siguiente: «... no se dice que los jurados serán seleccionados entre los electores, esto sería decir demasiado poco, sino entre los ciudadanos capaces para ser electores. Para comprender la diferencia es preciso recordar que la Constitución del 3-14 de septiembre de 1791 institúa dos grados de elección: había Asambleas primarias compuestas por ciudadanos activos llamados a designar no directamente a los miembros de las Asambleas legislativas, sino a los electores eligiéndoles de entre una determinada categoría. Los electores podían ser designados por las Asambleas primarias en nombre de los ciudadanos teniendo más de 25 años y disfrutando de una determinada renta... Así, aunque las Asambleas primarias no podían elegir entre las personas que goza-

ban de una renta especificada más que un número de electores proporcional a la población del lugar, es claro que los jurados eran seleccionados no sólo entre los electores elegidos por las Asambleas primarias, sino entre todas las personas que los asambleístas hubieran podido elegir, entre todas las personas con más de 25 años y que tuvieron 200 libras de renta en las ciudades de más de 6.000 almas, o de 150 libras en las ciudades con menor población»<sup>42</sup>. Es desde estas premisas desde las que Garraud<sup>43</sup> afirmó que se confundían el derecho electoral y el poder judicial por el modo de reclutar a sus miembros para organizar el jurado.

Dichas condiciones para ser jurado, con algunos matices, pero siempre orientadas a excluir a la mayoría de la población (analfabetos, mujeres, obreros y, en general, los que no tuvieran unos ingresos económicos mínimos determinados, siendo la propiedad garantía de honestidad y de aptitud y capacidad para el mantenimiento del orden jurídico<sup>44</sup> se mantuvieron indistintamente en el siglo XIX, no ya sólo en Francia, sino asimismo en Alemania, Italia, Suiza, en la misma España (de este modo en la Ley de 1888), etc., en clara armonía con el coetáneo sufragio restringido.

En esta línea en la que Donnedieu de Vabres, tras poner de relieve la artificialidad de la separación entre la cuestión relativa a la culpabilidad, que es sometida al jurado, y la determinación de la pena, que depende de la «Corte», sostuvo que «... se ha querido que los jurados, cuando han de pronunciarse sobre el fondo, para declarar al acusado culpable o no culpable, se desinteresen del resultado de su respuesta. Esta es una exigencia absurda e inhumana. El jurado se preocupa, pues, de la imposición de la pena, que no depende enteramente de él. Temiendo a menudo... el espíritu represivo de los jueces, ha llegado, para prevenir la aplicación de un castigo excesivamente severo, a resolver en el sentido de una indulgencia excesiva las cuestiones que se le plantean. Es para prevenir los enojosos resultados de esta falta de confianza entre el «jury» y la «Cour» por lo que la Ley de 5 de marzo de 1932 llegó a asociar el jurado al Tribunal en la deliberación sobre la pena»<sup>53</sup>.

No obstante ha de destacarse que tal benevolencia del jurado, que se ha convertido en la bandera de todos los adversarios del instituto, debe caracterizarse por su unilateralidad, en el sentido de que era interesada: los jurados han sido inflexibles en los delitos contra el patrimonio y clementes en las infracciones contra la Administración pública y el orden público<sup>54</sup>, confirmando así «la observación de Maquiavelo, de que los hombres se dejan despojar más fácilmente de la sangre que del dinero...»<sup>55</sup>. En idéntico sentido también Dorado Montero resaltó que era «un hecho notorio la propensión de los jurados (salvo en ciertos delitos, como los que van contra la propiedad) a absolver a los procesados y

reconocer la concurrencia de circunstancias atenuantes...»<sup>56</sup>.

El creciente peso que en el siglo XIX adquiere el magistrado en la decisión del juicio por jurados responde, además de a la necesidad de equilibrar la mencionada parcialidad y unilateralidad de los jurados, a exigencias técnico-jurídicas constitutivas de algunos de sus más graves inconvenientes, por ejemplo, la dificultad prácticamente insalvable de mantener la errónea idea de la separación del hecho y del derecho<sup>57</sup>. Esas y otras causas, cuya consideración excede de los límites de estas reflexiones, provocaron en la mayoría de los Estados europeos continentales (Francia, Grecia, Austria, Portugal, Suiza, Italia, Alemania, etc.), una evolución desde el jurado puro al mixto o escabinado, de modo que jueces honorarios y peritos de derecho, unidos en un solo órgano, se pronuncian conjuntamente sobre la culpabilidad y la pena<sup>58</sup>, conciliándose de esta manera el interés en la conservación del jurado «con las exigencias de una Justicia criminal más sabia, querida por la evolución del Derecho penal»<sup>59</sup>, o, desde otras perspectivas, tal vez como medio de mantener una publicidad activa general e inmediata en el proceso siempre necesaria<sup>60</sup>.

El origen y significado revolucionario francés del jurado puro, junto con el sistema de selección de sus miembros, atribuciones asignadas, y modo y resultado de su funcionamiento decimonónicos, me parece que permiten considerar que el jurado clásico no es inmediatamente equivalente a institución democrática, sino más correcta y fielmente, instrumento derivado del incipiente Estado burgués mantenido después por la democracia formal burguesa que en sí mismo no supone garantía de libertad e igualdad, propia de un contexto constitucional posterior<sup>61</sup>.

Lógicamente me refiero al jurado continental y no al anglosajón, cuyo origen y significado, como es sabido son, por cierto, notablemente distintos. No debe olvidarse que no pertenecemos al sistema del «Common law» en el que en general el derecho se origina como derecho judicial, crecientemente derivado de la necesidad jurídica del público, sino, contrariamente, al continental o del «Rechtsstaat», en el que preexiste una legalidad: expresión de unas normas permanentes y ahistóricas, sistema éste en el que en modo alguno el proceso político deriva del judicial.

¿Frente a qué o a quién se pretende ahora restaurar el viejo jurado? La soberanía reside en el pueblo español —como proclama el artículo 1.2 CE—, jurídicamente, pues, no puede hablarse de poderes residuales; el único poder que permanece es el constitucional a través del cual discurre la soberanía de todos<sup>62</sup>. ¿Es quizás contra la judicatura? En nuestro sistema de la legalidad, los jueces son independientes, precisamente en cuanto sometidos a la ley cuya aplicación constituye la esencia de la fun-

ción jurisdiccional, únicamente desarrollable a través del proceso (en cuanto instrumento necesario que garantiza la igualdad jurídica de las partes). La sola «legitimación» exigible al Juez radica en este sometimiento a la Ley (y no se olvide que la independencia judicial tiene exclusivamente sentido en cuanto sometido a la Ley). La Justicia no es, ni debe ser, un mecanismo indiscriminado de creación jurídica, sino de aplicación de la ley al supuesto específico y conforme a su concreta finalidad constitutiva social<sup>63</sup>. Huelga por consiguiente en ella todo problema de «opinión». Si «per se» el juez es independiente e imparcial, no es muy perceptible el sentido de sustituirle total o parcialmente<sup>64</sup>; sí, desde luego, verificar la efectividad de tal independencia e imparcialidad a través de los mecanismos orgánicos y procesales predeterminados mediante el control del contenido y lógica del juicio que ha de emitir (aparece así el carácter de instrumento de publicidad del escabinado con la presencia activa de los escabinos —legos— en la misma elaboración interna de la decisión).

La corriente participativa que parece aflorar en los defensores del jurado puro puede acogerse dentro de la respuesta a la crisis de la representatividad política ordinaria que se suscitó en los países europeos occidentales del continente ya desde los años cincuenta. El jurado clásico (o puro), en su modalidad francesa, pretendería ser un medio más para remediar la escasa participación política consentida al ciudadano, olvidando, o pretendiéndose ocultar, que al ciudadano hay que asociarlo de modo general a la política —el mandato constitucional al legislador de la remoción de obstáculos del artículo 9 CE, comprensiblemente ha de orientarse con prioridad al ámbito político—, como vía de apreciación de sus necesidades, y desde luego también la Administración, pero ya en esta vertiente importa de modo fundamental el inherente principio de una división racional del trabajo.

Pretender remediar una crisis jurisdiccional, aún tan profunda como la existente, con la participación ciudadana en tal función puede comportar, en algún modo, disolver la responsabilidad del fracaso del Estado en este ámbito. Si se estima que los jueces no están adecuadamente preparados, ha de buscarse el pertinente remedio para su capacitación y, consecuentemente, para su selección. Si se piensa que no actúan independientemente, hay que acudir a los instrumentos jurídicos normativamente previstos para erradicar tal desviación.

III. El jurado puro, pues, tuvo sentido y significado en un momento histórico concreto: en el del tránsito del Estado liberal al Régimen liberal. La consecuente evolución del mismo en la mayoría de los países europeos continentales ha llevado al establecimiento del jurado mixto o escabinado<sup>65</sup>. Dicha evolución no obedece tan sólo a razones político-constitucionales, sino asimismo a motivos técnicos, ju-

ridico-procesales y materiales, económicos<sup>66</sup>, etc. Pretender en 1988 acoger en nuestro Estado un instituto obsoleto supone desaprovechar la enseñanza que puede extraerse de la práctica de ese órgano en otros países y además ignorar las lecciones de la propia. Ciertamente nuestra Primera Norma, en su artículo 125, proclama la posibilidad de que los ciudadanos participen en la Administración de Justicia a través del jurado, mandato constitucional que debe ser acatado, pero en sus propios términos. No puede deducirse de la mencionada norma nada que vaya en contradicción con el artículo 117, también de la Ley Fundamental y que se reitera en el artículo 1 LOPJ, a cuyo tenor la Justicia se administra «exclusivamente» por jueces y magistrados. No caigamos por consecuencia en el gravísimo error del Decreto de 22 de septiembre de 1931, en cuyo preámbulo se decía: «La eminente función jurisdiccional de la soberanía popular que ejerce el Tribunal del jurado...»<sup>67</sup>. Además, en el meritado artículo 125, como ya destacamos más arriba, se prevé que dicha participación popular podrá llevarse a cabo «... en la forma... que la ley determine»<sup>68</sup>.

El escabinado es una de las formas, evolucionada, del jurado<sup>69</sup> mediante la cual se facilita la salvaguarda de los principios y exigencias propios del Estado de derecho vigente, desde luego con mayor corrección y eficacia que el jurado. Mediante la deliberación conjunta de escabinos y magistrados se suprime la utópica exigencia de separar hecho y derecho, culpabilidad y pena<sup>70</sup>; se cumple el precepto fundamental del artículo 120.3. CE de motivar, fáctica y jurídicamente, las sentencias<sup>71</sup>; se posibilita —como medio de garantía de publicidad— la adecuación de la Justicia a la realidad social políticamente reconocida a la que ha de responder<sup>72</sup>; la intervención de los escabinos facilitará la lucha contra el esoterismo procesal y, en general, contra el críptico lenguaje jurídico, haciendo más comprensible al justiciable el sentido y significado de las sentencias y el camino para llegar a su pronunciamiento; se disminuyen los elevados costes que el jurado clásico connota, tanto en tiempo (y precisamente la celeridad de la Justicia es una de las exigencias sociales unánimemente reconocidas) como en dinero<sup>73</sup>, etcétera.

La implantación del jurado puro se presenta, aparentemente al menos, como un intento no muy consecuente con la realidad vigente constitucional y sin excesivos argumentos que permitan mantener que con él pueda contribuirse a mejorar la Administración de Justicia, sino más bien a dificultarla<sup>74</sup>.

(1) Precepto constitucional de no muy afortunada redacción, que ha sido tildado de «deficiente» (así por Belmonte, J., la Constitución. Texto y contexto. Madrid 1979, p. 285); «excesivamente genérico» (por Serrano Alberca, J. M., «Artículo 125» en Comentarios a la Constitución, dirg. por Garrido Falla, F., Madrid 1980, p. 1326; «vago e insuficiente» (de este modo opina Fairén Gui-

llen, V., «Los Tribunales de jurados en la nueva CE (1978)», RibDP, 4, 1978, p. 762.

(2) Se emplea el vocablo «participación» en los artículos 9.2, 23 y 125 CE, también en el 19.2 y 83.2 LQJ. Rechazo el uso del término «colaboración», entre otras razones, porque es al que se acude, por ejemplo, en la LOPJ, artículos 454 y ss., para referirse bajo la inapropiada rúbrica «del Personal al servicio de la Administración de Justicia» a Secretarios judiciales, Médicos forenses, Oficiales y Agentes judiciales, como asimismo a los miembros de los Cuerpos que puedan crearse por ley para el auxilio y colaboración con los Juzgados y Tribunales. Decimos «inapropiada» por cuanto, y como destacó Fairén Guillén, V., «Colón a un comentario de la LOPJ de 1.º de julio de 1985», RDP, 1985, 3, p. 628, parece que se olvida que «los primeros que están al servicio de la «administración de justicia» son los jueces y tribunales».

(3) Graven, J., «Le sens et l'évolution du jury», Rev. Int. de Crim. et de Pol. Tech., 1970, XIV, 2, p. 100, tras afirmar que «... el jurado debía ser un instrumento de prueba, de convicción, y no de decisión («judgement»)», sostiene que nació en Inglaterra en el siglo XIII bajo la forma del «jury d'accusation». Sobre el jurado de acusación francés, abolido en 1808, vid. Cudot, C., Théorie du jury ou observations sur le jury et sur les institutions judiciaires criminelles anciennes et modernes, Paris, 1843, pp. 267 y ss.; Helie, F., Traité de l'instruction criminelle ou theorie du code d'instruction criminelle, 2.ª ed., T.V., Paris, 1867, pp. 10 y ss., etcétera.

(4) Acerca del «Grand jury», vid. Orfield, L.B., Criminal procedure from arrest to appeal, Connecticut, 1974, esp. pp. 178 y ss. y bibliografía «ivi» cit. La existencia de este instituto fue considerada por Comte, traductor al francés de la obra de Phillips, R., De las facultades y obligaciones de los jurados, trad. esp. de Ortiz de Zárate, Madrid, 1821, pp. CXII y ss., como una condición de la independencia del poder judicial, por cuanto corresponde a este órgano la admisión o no de la acusación sin requerir autorización ni del poder ejecutivo ni de sus delegados. Cfr. Alcalá-Zamora, N., Derecho procesal mexicano, I, Mexico 1976, p. 319, para quien «el régimen el conocido como Gran Jurado» es poco o nada satisfactorio, «de un lado, por ser expresión de justicia política... y, de otro, por el mecanismo premioso a que responde, con su doble jurado, de acusación y de sentencia... (con el riesgo) de que el primero incurra en prejuzgamiento o de que se contradigan las resoluciones de ambos.»

(5) Esta forma de «participación» ciudadana, con la que se ha llegado a decir que se lograría una mayor sensibilidad del colectivo judicial a las exigencias renovadoras de la sociedad fue objeto de estudio en el Congreso celebrado en Taormina en la Riv. Giustizia e Costituzione. De modo expreso se examinó la institucionalización de un vínculo entre los «Consigli giudiziari» y los Entes regionales. Sobre ello, vid. a Co, F., «Sovranità popolare e partecipazione dei laici ai giudizi penali nella Costituzione italiana», en I giudizi senza tonga, a cura di E. Amodio, Milano, 1979, pp. 80 y ss. Otras formas de articular la intervención de elementos no profesionales en los Tribunales de Justicia son expuestas por Cappellelli, M., «Laienrichter heute? Eine aktuelle Gründe eine verstärkte Beteiligung von Laienrichtern an den Zivilrechtlichen Rechtsprechung», en Festschrift für F. Beur, Tübingen, 1981, pp. 313 y ss., una exposición esquemática ha sido críticamente recogida por Fairén, V., «El Jurado. Algunos problemas sobre el mismo», en Estudios de Derecho procesal, civil, penal y constitucional, II, Madrid, 1984, pp. 226 y ss., sobre la sustitución del jurado por un Tribunal de pentos ya se pronuncio Saldaña, Q., Ley del jurado comentada, Madrid, 1935, pp. 140 y ss.

(6) Vid. la crítica formulada por Henkel, H., Strafverfahrensrecht, 2.ª ed., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1968, pp. 126-7, a la expresión «jueces legos», mostrándose partidario de utilizar la de «jueces honorarios».

(7) En los países en que también esté prevista su intervención en el orden civil puede detectarse una tendencia hacia la desaparición del jurado en estos procesos «incluso en aquellos en los que las partes tienen la facultad de insistir para su intervención». Sic Lord Justice Diplock, «La procedure civile en angle-

terre», Rev. Droit int. et de droit. comp., 1964, 4, p. 197.

(8) De este modo por López-Muñoz, Cid Cebrian y Usua García, «En defensa del jurado español», en «El País», 5-V-1983. En realidad esta matización «la ley española del jurado, de 20 de abril de 1888, fue meramente suspendida (sic.) —no derogada— por el decreto franquista de 8 de septiembre de 1936», es de Alcalá-Zamora, N., *Derecho procesal mexicano*, I. op. cit., p. 312, nota h, autor que reitera este argumento en su trabajo. «A propósito del Jurado», en B.I.C. de Abogados de Madrid, 1980, 3, p. 15, nota 23, y pp. 16 y 17. También en idéntico sentido. Gómez Orbaneja, *Derecho procesal penal*, con Herce-Quemada, 10ª ed., Madrid, 1986, para quien «... quedó suspendido su funcionamiento (de la L. de 1888) en todo el territorio nacional... pero no derogada formalmente la Ley»; asimismo. Alvarez-Linera y Uria, C., «El jurado en la CE de 1978», Rev. Jca. «La ley», núm., 437, 11-6-1982, p. 2.

(9) Así sostiene que debe considerarse actualmente derogada, Fairén, V., *El Jurado*, con De Cocq, Serra, Almagro, Gimeno y otros, Alicante, 1983, p. 48.

(10) Sobre las incidencias por las que atravesó la Ley del Jurado de 1888, consúltense, más ampliamente, Saldaña, Q. La Ley del Jurado comentada, cit., pp. 36 y ss.; Alcalá-Zamora, N., «A propósito del Jurado», cit., pp. 10 y ss.; Lizaso Puertas, I., Contribución al estudio del juez popular, Tesis doctoral inédita, San Sebastián, 1985, esp. T. I, pp. 132 y ss., etcétera.

(11) Según ha resaltado Fairén, V., «Los tribunales de jurados en la Nueva Constitución...», cit., p. 301, recogiendo con ello argumentos de Maura y de Fernández Almagro, en su desesperado y fallido intento de salvar la monarquía.

(12) Menéndez Pidal, F., *Derecho judicial español (Organización de los Tribunales)*, Madrid, 1935, p. 301, cree encontrar en esta ley el origen español del escabinato, lo que es discutible, atendiendo entre otros extremos, al modo de designación de sus miembros.

(13) Sobre la Justicia en esta época, vid. Alcalá-Zamora, N., «Justicia penal de guerra civil», en *Ensayos de Derecho procesal*, B. Aires, 1944.

(14) Acerca de los Tribunales populares en la zona republicana, vid. Lizaso Puertas, I., Contribución al estudio del..., cit. I, pp. 144 y ss. y bibliografía «ivi» cit.

(15) Según defiende Fairén, V., *Los Tribunales de jurados en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, p. 77, nota 131, «... por la L.O. de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, en su Base 24ª, núm. 88 (fue derogada la L. de 1888 E.P.); pero esta... fue a su vez derogada... por la Ley de 20 de febrero de 1976 («B.O.E.» del 23)».

(16) De este modo, Almagro Nosete, J., El Jurado, con De Cocq, etc., op. cit., pp. 53 y 69, también Gisbert Gisbert, A., «Sobre el desarrollo del artículo 125 de la Constitución. ¿Tribunal de Jurados o Escabinato?», RGGD, 1984, noviembre, pp. 2.310 y ss., desde perspectivas susceptibles de ser consideradas inadmisibles, López Muñoz, G., «En defensa del Jurado», Rev. Tapia, 1982, mayo-junio, pp. 18 y ss.

(17) Fairén, V., «Los Tribunales de jurados y escabinos» en Estudios de Derecho procesal, cit., I, pp. 191-2; Serra Domínguez, M. *El Jurado*, con De Cocq, etc., pp. 55 y 58; Gimeno Sendra, V., «El Jurado y la Constitución», en Rev. Jca., «La Ley», VI, núm. 1.187, p. 3; Martín Ostos, J. de los S., «Algunas consideraciones sobre el Jurado», Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Cáceres, núm. 3, 1984-1985, pp. 405 y ss.; Vega Ruiz, J.-A., «El Jurado hoy» Servicio de publicaciones de Presidencia del Gobierno Autónomo de Canarias, 1983, pp. 25-6; Soriano, R., «El derecho a la justicia popular. el nuevo Jurado español», Rev. Jca., «La Ley», VI, 1.118, p. 2, y del mismo, *El nuevo Jurado español*, Barcelona, 1935, pp. 123 y ss.; Lizaso Puertas, I., Contribución al..., cit., passim., autores como Alvarez-Linera y Uria, C., «El Jurado en...», cit., p. 5, nota 5, opta por el escabinato pero «... como mal menor» esgrimiendo razones de todo punto distintas.

(18) Advertiendo del peligro de una improvisada introducción del Jurado, mantiene esta opinión, Almagro Nosete, J., *El Jurado*, con De Cocq y otros, cit., p. 53.

(19) Martín Ostos, J., «Algunas consideraciones sobre...», cit., pp. 400-1.

(20) Miguel y Alonso, C. de. *Derecho Procesal práctico*, I, Barcelona, 1967, p. 55.

(20 bis) En contra. Gisbert, A., «En defensa del Jurado», RGD, 1986, enero-febrero, p. 26, y, del mismo, «Sobre el desarrollo del artículo 125...», cit., n. 2.311, para quien cabe afirmar «el carácter del Jurado (puro) como institución que permite una superior intervención ciudadana».

(21) Gimeno Sendra, V., «El Jurado y la Constitución», en Doc. Jca., XII, enero-julio, 1985, pp. 276-7.

(22) Amodio, E., «Giustizia popolare, garantismo e partecipazione», en *I giudici senza toga*, op. cit., p. 16.

(23) Lanza, *La giuria ed il giudizio penale, penale*, 1886, pp. 290-3, cit. por Amodio, op. ant. cit., p. 16, nota 38.

(24) Gabelli, *I giurati nel nuovo regno italiano*, 1861, p. 40, nota 1, cit. por Amodio, op. ant. cit., p. 16, nota 38. Para nuestro sistema vid. Gisbert Gisbert, A., «La obligatoriedad de la función del Jurado», Rev. «Poder Judicial», 1985, 15, pp. 35 y ss.

(25) Pacheco, F. de A., *La Ley del Jurado comentada*, Prólogo de Alonso Martínez, Madrid 1888, p. 302. Este autor, en las páginas 272 y ss. de esa obra, mantiene que el carácter obligatorio de la función de jurado va dirigido a «suplir por medios legales la falta de sentido social, que es una de las características del genio de nuestro pueblo».

(26) Martos, C., *Discurso en la sesión inaugural del curso 1878 a 1879*, celebrada el 30 de noviembre de 1878, Madrid, imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1978, p. 6.

(27) López-Muñoz, G., El Jurado, con De Cocq y otros, cit., p. 43, y en «Bases para una nueva Ley del Jurado», separata de la RGLJ, 1982, mayo p. 452.

(28) Almagro Nosete, J., El Jurado, con De Cocq y otros, cit., p. 54.

(29) Prieto-Castro, L. «El Jurado en la Ley de 1888», Rev. de Procuradores, Madrid, 1982, núm. 86.

(30) Gimeno Sendra, V. «El Jurado y la Constitución», en «La Ley», cit., p. 3.

(31) Acerca de este punto, vid. Gimeno Sendra, V., «El Jurado y la Constitución», en Doc. Jca., cit., pp. 278-9, sobre el reclutamiento de los Jurados en los países del «Common law», Avanzini, A., «Il reclutamento dei giurati nei paesi di Common law, en *I giudici senza toga*, cit., pp. 231 y ss., respecto a alguno de los problemas suscitables, Bocchi, A., «La partecipazione popolare in Assise nelle relazioni dei Presidenti delle Corti (1958-1974)», en *I giudici senza toga*, cit., pp. 133 y ss., históricamente para nuestro país, vid. Pacheco, F. de A., *Ley del Jurado...*, cit., pp. 21 y ss.; Pozo Mazzetti, M. *Ley estableciendo el juicio por Jurados*, 2.ª ed., Valencia, 1888, pp. 25 y ss.; Vipegon, *Guía de los Jurados*, Madrid, 1901, pp. 117 y ss.; Saldaña, Q., *Ley del Jurado comentada*, cit., pp. 167 y ss.; Gil Sanz, «De la institución del Jurado», RGLJ, 1873, T. XLII, pp. 235 y ss.

(32) Vid. sobre ello, entre otros, a Gimeno Sendra, V., «El Jurado y la Constitución», op. ant. cit., pp. 279 y ss.

(33) Así, López-Muñoz, G., El Jurado, con De Cocq, y otros, cit., pp. 44, «... la participación de los ciudadanos en la Justicia es fundamental para la propia democracia...» aunque no se pronuncia ni en pro ni en contra del jurado, califica a éste de más progresista; Medina Morales, D., «Sobre la polémica en torno al Tribunal de Jurados», Rev. Jca. «La ley», 1984, V, num. 1.050, p. 2; Tohária, J. «Los españoles ante el juicio con Jurado», Doc. Jca., XII, enero-junio 1985, 45/46, en la p. 290 dice que «... en la población española en general, la actitud ante el Jurado sigue presentando fuertes connotaciones ideológicas: las personas con una orientación más de izquierda, a favor...»; Montero Ríos, E., «Algunas ideas generales acerca de la inamovilidad judicial y la institución del Jurado», RGLJ, 1872, T. XLI, p. 11, mantuvo que «... ya se le tenga como una forma concreta del gran principio de la soberanía popular que anima y fecunda a la sociedad de nuestro siglo...», y en la p. 119, «... es una condición de vida en un pueblo libre...»; Alonso Martínez, M., Prólogo en la Ley del Jurado comentada, de F. de A. Pacheco, op. cit., p. LI, «... el Jurado será una institución política..., una garantía contra los desmanes

del Poder ejecutivo y una garantía eficaz de la libertad individual y de los derechos de los ciudadanos...», en el Informe que la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas eleva al Gobierno para el juicio oral y público ante Jurados, en «Memorias de la R.A.C.M. y P.», T. 4.º, Madrid, 1883, p. 226, es calificado este instituto de «mecanismo político destinado a servir de estudio a las libertades individuales contra los desmanes del Poder público, el Jurado es, en ciertas circunstancias, y sobre todo en determinados pueblos, la institución que mejor responde a su fin».

(34) Sobre la vigencia de la división de poderes liberal, consúltese la obra *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*. Herausg. H. Rausch, Darmstadt, 1969, con trabajos de Schneider, Kuster, Drath, Peters, etc., y demás bibliografía citada en mis trabajos, «La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu», RIBDP, 1976, pp. 922 y ss., y «Reflexiones sobre el Poder judicial y el PLOPJ», en Rev. Jca. «La Ley», 1985, 2, pp. 1124 y ss. (también este último publicado en Doc. Jca., XI, vol. 1, abril-diciembre 1984, 42/44, pp. 51 y ss.)

(35) Sobre los «Parlements», vid. Desmaze, *Le parlement de Paris, son organisation, ses premiers presidents et procureurs généraux, avec une notice sur les autres parlements de France*, Paris, 1860, también Hardy, J., *Judicial politics in the Old regime. The parlement of Paris during the regency*, Baton Rouge, 1967, Tocqueville, A., *El antiguo régimen y la revolución*, Madrid, 1969, pp. 87 y ss., y, del mismo, *Inéditos sobre la revolución*, Madrid, 1973, p. 82

(36) De este modo Co, F., «Sovranità popolare e partecipazione dei laici ai giudizi penali nella costituzione italiana», en *I giudici senza toga*, cit. p. 92.

(37) De este modo Pisanelli, *Dell'istituzione de giurati*, 2.ª ed., Napoli, 1868, pp. 195 y ss. y 201 y ss.

(38) Tengase en cuenta el carácter formalmente totalizante y totalizador de la ley liberal, ley que, en cuanto tal y en su identificación con el derecho —en los primeros momentos liberales— suponía la concreción de la experiencia más general. La plasmación de la razón «natural» (así, Habermas, J., *Teoría y praxis*, B. Aires, 1966, pp. 57 y ss.), realizada desde la conciencia misma del Jurado, desde el conocimiento de un público representado por sus iguales en el Parlamento, siendo, pues, el resultado del proceso de reconocimiento legitimado previamente, desde estas premisas, por tanto, cualquier labor hermenéutica judicial no solo connotaría una usurpación de funciones legislativas sino además, y lo que sería más grave, falsear la verdad de la ley. Si la ley es verdadera, y en cuanto tal conocida por todos, el técnico jurídico es innecesario y además peligroso, puesto que la ley es la ley y no lo que los jueces consideren como tal, por lo que éstos no pueden ni deben interpretarla sino únicamente aplicarla (sobre el concepto liberal de ley vid. Neuman, F., *El Estado democrático y el Estado autoritario. Ensayos sobre teoría y política legal*, B. Aires, 1968, pp. 30 y ss.)

(39) Vid. Pedraz Penalva, E., «La Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de...», cit., pp. 925 y ss.

(40) Ya Escriche, J., «Jurado», voz en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, T. III, Madrid, 1875, pp. 702 y ss., dijo que «... como consecuencia de las críticas y del odio contra los Parlamentos, a los que se miraba como el obstáculo más terrible para las innovaciones que se pretendía; así como por la consideración de que el Gobierno representativo debía el pueblo tener parte en la aplicación de las leyes como la tenía en su formación...», se llegó al establecimiento de los Jurados

(41) Marat, J.-P., *Textos escogidos*, Prologo, selección y notas de M. Vovelle, Barcelona, 1973, p. 156.

(42) Boitard, *Leçons de Droit criminelles*, recueillies par G. de Linage, revue, complétée et mise en harmonie avec tous les lois modificatives des deux codes par Faustin Hélie, 12 ed., Paris, 1880, pp. 679-680

(43) Garraud, R., *Traite théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, I, Paris, 1907, p. 79

(44) Así, Oudot, C.-F., *Theory du jury ou observations sur le jury et sur les institutions judiciaires criminelles anciennes et modernes*, op. cit., pp. 29 y ss.

(45) Vid. sobre ello, más ampliamente, Pedraz Penalva E.,

«De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano», RAP, 1976, núm. 79, pp. 145 y ss.

(46) Garraud, R., *Traite théorique et...*, cit., I, pp. 78 y ss., en igual sentido Boitard, *Leçons de Droit criminel*, cit., pp. 488 y ss. y 670 y ss.

(47) Se ha dicho que con la acción popular se perseguía evitar los peligros dimanantes del monopolio del MF (vid. Gómez Orbaneja, E., *Comentarios a la LECrim.*, II, Barcelona, 1951, pp. 227 t ss.). Por autores como Silveira, F., «La acción popular», RGLJ, 1888, 75, pp. 457 y ss. y esp. 483, llega a ser interpretada la acción popular como medio para lograr la supresión del MF, correspondiendo a los propios ciudadanos la protección de los intereses generales lesionados por el delito.

(48) Ya denunciada, entre otros, por Pisanelli, G., *Dell'istituzione de Giurati*, cit., pp. 150 y ss. También Garofalo, citado por Ferri, E., *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, Madrid, 1887, p. 339 mantuvo que «... en los juicios penales es imposible separar el hecho del derecho, separación que el (Garofalo) llama caprichosa, violenta y arbitraria»; en Pacheco, F. de A., *La Ley del Jurado...*, cit., pp. CLVI, «son perfectamente separables y pueden distinguirse con entera claridad».

(49) Sic. de Cocq, A., «Evolución y últimas reformas legislativas del Jurado francés», en *El Jurado*, op. cit., p. 19. A este tenor vid. los artículos 2 y 76 de la Ley del Jurado de 1888

(50) Con tales calificativos alude Graven, J., «Le sens et l'évolution du jury», *Rev. Int. de Crim. et Pol. tech.*, 1970, XXIV, 2, p. 105, a la evolución habida en Suiza. Para Francia consúltese, entre otros, a Stefani, Levasseur y Boulloc, *Procédure pénale*, I, Paris, 1980, p. 346.

(51) Esta es una argumentación que ya aparece en los trabajos especializados del XIX. Vid. en esta línea, Pisanelli, G., *Dell'istituzione...*, cit., pp. XIII-XIV, en las que recoge el discurso de apertura de A. Nardis, según el cual en Francia antes de 1832 el número de absoluciones era muy considerable por la excesiva severidad de la ley penal. En igual sentido se arguye en el Informe que la R.A. de C.M. y P. eleva al Gobierno sobre el juicio oral y público ante Jurados (por Benavides, Alonso Martínez, Colmeiro, Cárdenas, con voto reservado de L. Figuerola), cit., p. 238. Recientemente aluden a la incompetencia y fragilidad emotiva del juez popular, Cordero, F., *Procedura penale*, Milano, 1977, p. 145; Graven, J., «Le jury et les tribunaux d'échevins en Suisse», *REV. pén. Suisse*, 1938, p. 154 (este autor califica al juicio por Jurados de triunfo de la incompetencia); Vouin, R., y Léauté, J., *Droit pénal et criminologie*, Paris, 1956, p. 450, ven en el escabinado la fórmula para que los magistrados ejerzan sobre los Jurados una influencia moderadora (p. 452).

(52) La emotividad y credibilidad del Jurado ha sido uno de los argumentos esgrimidos en toda Europa en contra de este instituto, así, vid. por todos a Williams, Glanville, *The proof of guilt. A study of the english criminal trial*, London, 1963, p. 271 y

(53) Donnedieu de Vabres, H., *Traite de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3.ª ed., Paris, 1947, pp. 705-6

(54) De este modo, Amodio, E., «Giustizia popolare...», cit., pp. 17-18.

(55) Ferri, E., *Los nuevos horizontes del...* cit., p. 333, en contra Pacheco, F. de A., *La ley del Jurado...*, cit., pp. CL y CLI

(56) Dorado Montero, P., *El derecho protector de los criminales*, I, Madrid, 1915, p. 297, de este modo también Saldaña, Q., *Ley del Jurado comentada*, cit., p. 106.

(57) Amén de la bibliografía ya citada sobre ello, vid. las críticas a esta «ficción» en el Informe que la R.A.C.M. y P., cit., pp. 217 y ss.

(58) Considero que en todo caso el número de jueces ha de exceder del de peritos en derecho.

(59) Sic. Vouin, R. y Léauté, J., *Droit pénal et...*, cit., p. 452. También Soriano, R., «El derecho a la justicia popular. El nuevo Jurado español», cit., destaca que el escabinado no supone la creación de una nueva figura procesal, sino la remodelación y enriquecimiento del Jurado clásico.

(60) Galantini, N., «L'educazione dei giudici popolari. Esperienze delle manualistica per i laici», en *I giudici senza toga*, cit., pp. 164 y ss., explica el proceso hacia el escabinado como re-

sultado de la pérdida de los ideales revolucionarios liberales con el consecuente cambio en su consideración, ya no como intérprete de la opinión pública, como instituto que expresaba el sentido de un cuerpo social, sino atomizándolo, como un conjunto de jueces individuales destinados a expresar un parecer individual, en alguna medida, pues, desde una institución de naturaleza esencialmente política se llegó a su casi exclusiva consideración desde aspectos técnico-jurídicos, siéndole extraño cualquier intento de entender al Jurado como expresión de la soberanía popular.

(61) Por López-Muñoz, G., *El Jurado*, con De Cocq, etc., op. cit., p. 44, se ha llegado a decir que «... la participación de los ciudadanos en la Justicia es fundamental para la propia democracia...»

(62) Cfr. Silva Melero, V., «El Jurado en las direcciones jurídicas contemporáneas». Separata de la RGLJ, noviembre 1964, p. 5, destaca cómo el Jurado «cristaliza en su vertiente político-social durante la revolución francesa, con la proclamación de la soberanía del pueblo».

(63) Consúltese el trabajo de Cappelletti, M., *Giudici legislatori?* Milano, 1984, en el que analiza la «creatividad judicial jurídica» en los países del «Common law» y en los del «Civil law».

(64) Cfr. desde perspectivas ideológicas y políticas muy concretas. Blagojevic, B., «Gli aspetti politici della partecipazione dei laici all'esercizio della giurisdizione», en *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, II, Padova, 1958, p. 156, para quien el ca-

rácter estático del Tribunal y personal judicial hace casi imposible que el cuerpo legal y judicial pueda por completo responder a las nuevas tareas a afrontar. lo que significa que al menos en gran parte el personal judicial no puede ser el exponente de las nuevas concepciones jurídicas, el custodio de la nueva legalidad, un activo colaborador para la realización del nuevo orden jurídico

(65) En Italia se instauró el escabinado por R.D. de 23 de marzo de 1931, núm. 249, cuyo texto definitivo fue aprobado por R.D. de 4 de octubre de 1935, núm. 1899, en Alemania en 1924, con la reforma Emminger de 4 de enero; en Francia mediante Ley de 25 de noviembre de 1941, etcétera

(66) Precisamente, y según resalta Hartung, F., «Um das Schwurgericht», *SSiW*, 1970, 82, p. 603, uno de los motivos por los que se acometió en Alemania la denominada reforma Emminger, fue el de disminuir los elevados costes que las indemnizaciones a los jurados implicaban.

(67) Este error ya fue denunciado por Fairén, V., *Los Tribunales de Jurados en la..* cit., pp. 103 y 104, en igual sentido Alejandro, J.-A., *La Justicia popular en España*, Madrid, 1981, pp. 247 y 254.

(68) Cfr. Gisbert, A., «Sobre el desarrollo del art. 125...», cit., pp. 2.313-4.

(69) Así puede deducirse también de las palabras de Pacheco, F. de A., *La Ley del Jurado comentada*, cit., pp. CCXXXVI y CCXXXVII

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

---

## La asistencia letrada gratuita en los procesos que permiten la defensa personal

Ramón VILAR BADIA

La regulación vigente del beneficio de justicia gratuita es deficiente, tanto en su aspecto normativo como en su funcionamiento real: la limitación de su ámbito a las controversias judiciales y su correspondiente exclusión de la consulta jurídica; la falta de atención al cliente por parte de algunos abogados nombrados al efecto; la insuficiente remuneración de estos profesionales cuando intervienen por el turno de justicia gratuito, constituyen algunas de las fundadas críticas que se hacen a dicha institución.

Hasta la sentencia del Tribunal Constitucional a la que nos referiremos después, se podía formular otra acusación: la de que no estaba claro si en los juicios en que no es preceptiva la intervención de abogado, el derecho de gratuidad era aplicable en la integridad de los beneficios que reconoce la ley, o si, por el contrario, en tales procesos quedaba excluido el beneficio de asistencia letrada gratuita.

En las líneas que siguen se aborda este tema, aunque limitado a los juicios atribuidos al conocimiento de los actuales Juzgados de Distrito. Recordemos que el artículo 10, 2.º de la L. E. Civil, según la redacción de la Ley 34/1984, de 8 de agosto, exceptúa de la dirección y asistencia letrada a los juicios verbales y de desahucio atribuidos a los Juzgados de Distrito, salvo los que se funden en la falta de pago de la renta de local de negocio.

La interpretación excluyente, que entendía que en tales procesos no cabía el nombramiento de abogado de oficio, aducía que puesto que la ley permite en dichos juicios, por debatirse en ellos cuestiones sencillas y de escasa entidad, la intervención y defensa personal de las partes, si éstas pretenden valerse de los servicios de un abogado, los honorarios devengados habrán de ser de su cargo. De la posibilidad de comparecer en determinados juicios sin letrado se deducía sin más la imposibilidad de comparecer con letrado de oficio, anudando a una simple facultad del litigante, que como tal es voluntaria,

una prohibición tácita de dirección técnica gratuita.

No obstante la aparente coherencia de dicha interpretación, un análisis más riguroso de la cuestión evidenciaba las fisuras de la argumentación en que se apoyaba.

1) En primer lugar, la permisón legal de comparecencia personal en ciertos juicios como los indicados no impide la defensa técnica, como es obvio, de modo que el litigante puede optar libremente por encargar a un abogado la dirección de su pretensión procesal, y siendo así no se alcanza la razón jurídica que legitime tal opción únicamente a las partes que gocen de una posición económica suficiente, vedándola a las que carezcan de recursos.

2) La explicación de que en los juicios verbales y de desahucio de que conocen los Juzgados de Distrito se debaten cuestiones sencillas, y que por ello la ley autoriza su tramitación prescindiendo de la dirección letrada, no es en modo alguno convincente. Abogados y jueces saben por reiterada experiencia que una pretensión deducida en juicio verbal puede ser tan compleja y requerir el mismo estudio e igual preparación técnica que si se planteara, de cuantificarse el interés económico por encima de 50.000 pesetas, en un proceso de cognición o en uno de menor o mayor cuantía. Como saben también que en los procesos de desahucio de vivienda se ofrecen frecuentemente situaciones y aspectos muy diversos en los que están en juego intereses en conflicto de relevante importancia vital, y en cuyo planteamiento, oposición y decisión la dificultad de lo debatido hace acto de presencia a menudo. Es por ello que en la virtual totalidad de los procesos mencionados el demandante está dirigido por abogado, suscriba o no éste la demanda, y en cuanto al demandado o bien comparece asistido igualmente de abogado, o en otro caso se limita a reconocer o negar los hechos alegados en la demanda y lo interesado en la misma, sin proponer prueba acredi-

tativa alguna, actitud pasiva que deviene impuesta por su desconocimiento tanto de las normas sustantivas invocables como de la técnica procesal. Ante esta incuestionable realidad, sería deseable la generalización de la asistencia letrada preceptiva a todo tipo de procesos, o al proceso único que se preconiza para el futuro desde diversos sectores jurídicos, pero en tanto esté vigente la excepción en los juicios indicados conviene resaltar que si es explicable que el litigante dotado económicamente renuncie a la dirección letrada si tal es su deseo, en cuyo caso sólo a él serán imputables los efectos probablemente adversos del proceso en que asume personalmente su defensa, en modo alguno es razonable, en cambio, que se obligue al litigante carente a sufrir las mismas consecuencias desfavorables en contra de su voluntad.

3) La interpretación excluyente de la designación de abogado de oficio en los repetidos procesos implica, virtualmente, dejar sin contenido el derecho de gratuidad, pues desaparecida la tasa judicial y el reintegro del papel, los beneficios quedarían limitados a la inserción gratuita en los anuncios y edictos, y a la exención de los depósitos procedentes en los recursos, de escasa o nula incidencia en los expresados procesos. De este modo el derecho de justicia gratuita, reconocido como un instrumento de defensa efectiva de los derechos e intereses de las personas en situación económica precaria, quedaría reducido a una proclamación legal formal, retórica, sin soporte real. Téngase en cuenta la condición generalmente modesta de los demandados en los juicios verbales y de desahucio, y se advertirán los efectos socialmente indefendibles de la interpretación expuesta.

4) A las razones apuntadas han de añadirse las fundamentadas en los valores y principios constitucionales. Recordemos que según el artículo 119 de la Constitución «La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar», y que con arreglo al artículo 23 «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»; asimismo, «todos tienen derecho a la defensa y a la asistencia de letrado»; en fin, el artículo 14, que se refiere a la igualdad formal o jurídica, indica que «los españoles son iguales ante la Ley», y el artículo 9,2 que proclama que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud», precepto que incorpora la igualdad sustancial o real.

Como era de esperar el problema llegó a plantearse ante el Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado recientemente con ocasión del recurso de

amparo n.º 46/1986, resuelto en sentencia de 22 de abril de 1987 («BOE» 5-5-87), a raíz de un juicio de desahucio por falta de pago de la renta de vivienda seguida en un Juzgado de Distrito, en que el recurrente de amparo solicitó en su día el nombramiento de abogado de oficio, denegando el juzgado su solicitud en razón a no ser preceptiva la defensa de letrado. En síntesis, los fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Constitucional indican que el derecho a la defensa y a la asistencia letrada ha de enmarcarse en el conjunto de garantías que integran el derecho a un proceso justo, garantías que tienen por finalidad asegurar la igualdad, la contradicción procesal y la proscripción de la indefensión; que la comparecencia personal del litigante no impide el derecho de asistencia letrada gratuita, que, sin embargo, no es de carácter absoluto, pues su reconocimiento está en función de la medida en que es imprescindible para igualar el nivel de defensa; por último, que tal derecho no resulta quebrantado cuando, demostrando el demandado poseer conocimientos jurídicos apreciables, no se ha producido realmente una situación de desigualdad en la defensa. Veamos la exposición de dichos puntos en la sentencia citada.

Invocada por el solicitante de amparo la vulneración del derecho a la asistencia de letrado reconocido en el artículo 24,2 de la Constitución, se trata de determinar, dice el Tribunal Constitucional, si este precepto garantiza el derecho de asistencia letrada gratuita en los procesos en que la Ley no exige la intervención de abogado, proclamando al efecto, como afirmaciones previas, que entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se halla el derecho a la defensa y asistencia letrada que el artículo 24,2 de la Constitución consagra de manera singularizada «con proyección especial hacia el proceso penal, pero también de aplicación a los demás procesos», y al afrontar el tema referente a la justificación constitucional y objeto de tal derecho, afirma que su finalidad radica en la necesidad de asegurar «la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción», que imponen a los órganos judiciales «el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión», lo que puede ocurrir «cuando se priva a quien adolece de insuficiencia de recursos para litigar, de la posibilidad efectiva de ser asistido por letrado, denegándole el derecho a que se le nombre de oficio».

La sentencia del Tribunal Constitucional analiza a continuación si la anterior doctrina es igualmente referible a los procesos en que la Ley autoriza la defensa personal del litigante, sin exigir la intervención de abogado, considerando al efecto que el «hecho de poder comparecer personalmente ante un juez o tribunal no es causa que haga decaer ese derecho

de asistencia letrada», y la razón es que «el cumplimiento de los presupuestos de validez de los actos procesales no basta necesariamente para satisfacer las exigencias de un derecho fundamental garantizado por la Constitución», y sobre la base de que las normas legales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional proclama que el artículo 10, 2.º de la L. E. Civil no obliga a las partes a que actúen personalmente, limitándose a concederles «la facultad de elegir entre la autodefensa o la defensa técnica», por lo que «el derecho de asistencia letrada permanece incólume en tales supuestos, quedando su ejercicio a la disponibilidad de la parte, lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante pobre a que se le provea de abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos».

No obstante, el Tribunal Constitucional matiza el alcance de lo expuesto aclarando que la doctrina indicada no debe entenderse en el sentido absoluto de que la persona carente de medios económicos que sea demandada en un proceso exceptuado de la intervención preceptiva de letrado, tenga en todo caso derecho a la asistencia letrada gratuita, pues «este derecho es un medio instrumental puesto por la Constitución al servicio del principio de igualdad de defensa de las partes» y, por tanto, «su reconocimiento será procedente cuando se manifieste imprescindible para situar al carente de medios económicos al mismo nivel de defensa en que actúa la parte contraria», e improcedente en aquellos supuestos en que «su resultado sea el de colocar a la parte contraria en condiciones de inferioridad, pues entonces no se estará garantizando la igualdad de defensa de los litigantes».

Por ello el Tribunal Constitucional entiende, siguiendo la doctrina declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias de 9 de octubre de 1979 y 25 de abril de 1983, que la denegación del derecho a asistencia letrada gratuita en proceso que permite la comparecencia personal, sólo constituirá vulneración constitucional «si la autodefensa ejercitada por aquel a quien se niega el derecho se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de abogado que lo defiende y, por lo tanto, de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el proceso», lo cual será determinable en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimiento del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa.

Fue precisamente el nivel técnico que acreditó el recurrente el factor que determinó al Tribunal Constitucional a denegar el amparo solicitado, declarando que la sencillez de las cuestiones debatidas en el juicio en que se interesó el nombramiento de abogado de oficio, la actuación procesal de la parte con-

traria con la sola asistencia de procurador, sin intervención de letrado, y «la completa y acabada defensa que el demandado realizó con apreciable nivel técnico-jurídico», acreditan que la denegación de la asistencia letrada gratuita «no originó al demandado situación de desigualdad real o inaplicación práctica del principio de contradicción», pues con su autodefensa «compensó muy eficazmente la ausencia de abogado y contribuyó satisfactoriamente al correcto desarrollo del proceso».

En resumen, según la doctrina del Tribunal Constitucional el derecho de asistencia letrada gratuita es invocable por el litigante carente de recursos económicos, incluso en los procesos que permiten su defensa personal, y en tal caso su reconocimiento estará en función de que la asistencia técnica sea necesaria para garantizar los principios de igualdad de las partes y de contradicción.

La interpretación del Tribunal Constitucional en los términos reseñados vincula a los órganos jurisdiccionales, porque aunque en los recursos de amparo generalmente no se enjuicia la conformidad de las leyes a la Constitución, ni las resoluciones recaídas en los mismos poseen efectos generales, funciones propias de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad (artículos 38 y 55 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre), la doctrina sentada en dichos recursos forma parte integrante del bloque normativo constitucional, en cuanto que el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo de la Constitución (artículo 1 de dicha Ley), de modo que su interpretación de los preceptos constitucionales se impone a todos los poderes públicos (sentencia de Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981), doctrina incorporada al artículo 5,1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: los jueces y tribunales interpretarán las leyes y los reglamentos según los principios y preceptos constitucionales «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Así tras la resolución de amparo constitucional referida, entendemos que es inapelable el precepto del artículo 440,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto condiciona el nombramiento de abogado de oficio a los casos en que sea preceptiva la intervención letrada. En virtud de la doctrina descrita, aún en los procesos verbales y de desahucio atribuidos al conocimiento de los Juzgados de Distrito, el juez habrá de admitir a trámite la solicitud del litigante carente de recursos que desea valerse de letrado, y los Colegios de Abogados habrán de proceder a su designación, pues así lo impone la eventualidad de que la parte contraria en el asunto principal comparezca asistida de letrado, el desconocimiento, en el momento de solicitar el beneficio, de la dificultad o complejidad de la cuestión a debatir y de los conocimientos jurídicos del peticionario y, finalmente, la interpretación de las normas en el sentido más fa-

vorable a la efectividad de los derechos fundamentales.

Un aspecto de la cuestión estudiada, de evidente transcendencia práctica, es el de la incidencia de la doctrina expresada sobre los juicios de faltas. ¿Es aplicable a estos procesos? Aunque los razonamientos jurídicos vertidos en la resolución constitucional tuvieron su origen en un proceso civil, el Tribunal Constitucional señala, como hemos visto, que el derecho a la asistencia letrada sancionado en el artículo 24,2 de la Constitución se proyecta especialmente hacia el proceso penal. Téngase en cuenta, por otra parte, la situación de desigualdad del nivel de defensa en un proceso de faltas, cuando el denunciado carente de recursos comparece sin asistencia letrada, frente a un órgano técnico-jurídico como es el Ministerio Fiscal. Añádase que en ciertas faltas, de prosperar la acusación que se formule, la condena incidirá en el ámbito de un derecho fundamental, la libertad, bien directamente con la pena de arresto, o indirectamente en el caso de impago de la pena de multa. Piénsese, en fin, en la cuantía económica a que puede ascender en algunos supuestos la indemnización de los daños y perjuicios derivados del ejercicio de la acción civil, a veces muy elevada como es sabido. En base a estas consideraciones no parece dudoso que el denunciado contra el que se dirige la acción penal en un juicio de faltas, tiene derecho a la asistencia letrada gratuita si acredita insuficiencia de recursos, no obstante no ser preceptiva en tal juicio la intervención de abogado.

Es muy probable que la aplicación a los juicios de

faltas de la intervención letrada gratuita se traducirá en un incremento notable de la actividad procesal de los órganos jurisdiccionales que conocen de tales procesos, ya excesivamente sobrecargada, en detrimento de la celeridad que los caracteriza, toda vez que instada la designación de abogado de oficio, la vista del juicio habrá de quedar en suspenso hasta que se acredite la pobreza del solicitante por los trámites previstos en la L. E. Criminal, que se remite a la sustanciación del procedimiento incidental de la L. E. Civil, salvo los excepcionales supuestos en que el beneficio se otorga de plano, sin necesidad de justificación, cuando el interesado estuviere de notoriedad en alguno de los casos de situación de pobreza legalmente previstos, si no existe oposición del Ministerio Fiscal, del querellante o del perjudicado (artículos 129, 130 y 133 de la L. E. Criminal).

No obstante, el Estado de Derecho diseñado en la Constitución comporta unos determinados derechos y garantías cuya efectividad no puede quedar hipotecada por una tipología penal desfasada ni por una estructura orgánica judicial inadecuada. La solución al problema funcional apuntado no reside en prescindir de los imperativos constitucionales, sino en posibilitar su efectividad articulando un expediente oral y rápido para acreditar la insuficiencia de recursos, creando las unidades judiciales necesarias para garantizar una Justicia ágil y eficaz, y despenalizando las faltas carentes de lesividad social, como las simples imprudencias en materia de tráfico, relegando el resarcimiento de los intereses económicos afectados al ámbito meramente civil.

# INTERNACIONAL

---

## El movimiento asociativo en Argentina y Colombia: impedimentos, tentativas, ideologías y actitudes de las clases judiciales

Roberto BERGALLI

I. Existen muchos ejemplos en el mundo contemporáneo a partir de los cuales es posible interpretar el comportamiento de magistrados, jueces y fiscales como propios al momento institucional y político-jurídico que, como colectivo, les toca vivir en sus respectivas sociedades y culturas. Para no ir por ahora más lejos, en España actualmente se presenciaban expresiones de tal comportamiento que, aunque bastante opuestas a veces, traducen actitudes y posiciones que permiten identificar a sus portadores como dirigiéndose a su contexto socio-cultural desde una determinada visión del mundo.

Esto quiere decir que, por más que en muchas ocasiones se critique acerbamente las decisiones u omisiones de ciertos jueces, ellos son reconocidos como enmarcados en una cierta ideología y actuando en función de ella.

Para más abundar, las tres asociaciones de jueces existentes hoy en España y la única de los fiscales que se individualiza a sí misma como tal, permiten reconocer a sus miembros —no obstante que en buen número a veces ellos no se identifican con el conjunto— como ubicados desde su visión del mundo, lo cual los impulsa a encarar su papel en consonancia con ella. Si bien lo dicho no puede extenderse al grueso de sus integrantes, empero es posible pensarlo respecto de una buena mayoría de lo que con propiedad se denomina la *clase judicial* española.

Indudablemente, este panorama debe agradecerse a la vida democrática que, en general, se ha expandido en la sociedad española. Y pese a que sin embargo existen aún muchos ámbitos del Estado —incluido, en particular, el de la administración de justicia— a los cuales les cuesta aceptar ese creciente proceso de permeabilización de sus aparatos, es ya muy importante y decisivo para la democracia poder hacer un análisis del comportamiento profesional de la magistratura.

Pero lo dicho en relación a España —mucho más explícito y de antigua data en otros países europeos (Italia es el paradigma en una escala de clases judiciales europeas posicionadas en sus respectivas sociedades)— no es posible, en cambio, decirlo respecto de otros países de su misma cultura. ¿Esto por qué? Pues, porque la tradición que ha destacado la vida profesional de los jueces en estos países ha estado desprovista de una caracterización democrática y de una correspondiente comprensión y utilización política del derecho. Obviamente, cuando se señalan estos principios lo que se pretende resaltar es aquella capacidad innata que posee la jurisdicción —como ha sido demostrado en experiencias concretas— para ampliar aquellos espacios del ordenamiento jurídico-constitucional en los que deben encontrar su mejor reconocimiento las demandas y los reclamos sociales no reconocidos o negados por los demás poderes públicos.

Tanto por razón de las recientes vicisitudes, políticas e institucionales, de todos conocidas, que les han hecho asumir un protagonismo inusual —y en ocasiones patético—, como por un mejor conocimiento de las realidades culturales de esos lares, se eligen los casos de las clases judiciales de Argentina y Colombia para destacar sendos procesos de identificación con los principios señalados que francamente se están abriendo paso —aunque con cierta timidez o cautela— en el seno mismo de los cuerpos de jueces y magistrados de aquellos países. Quienes conocen al que escribe saben, en consecuencia, cuáles son las razones sentimentales que priman impulsando el interés por estos asuntos, por lo que no debe descartarse una pasión excesiva en el tratamiento de ellos. De ambos casos, en conjunto, ya se ha hecho un análisis anterior (cfr. Bergalli 1986), aunque el argentino, en especial, ha sido objeto de repetidos estudios en todo tiempo y medio (cfr., por todos, Bergalli 1984) y, en general, de la

cuestión judicial en América latina —con consideraciones particulares sobre Argentina, Colombia y Nicaragua— acaba de publicarse un volumen al respecto (v. Bergalli 1988).

II. En el marco de una cultura iuspositivista los jueces y magistrados latinoamericanos, en general, han dado pocas muestras de una voluntad asociativa que se identifique con actitudes democráticas acerca de sus propias profesiones. Cualquiera sabe que, precisamente, una formación semejante limita y margina al jurista en general de los reales intereses sociales que están por detrás del asunto o la causa en la que le toca intervenir. Esto trae consigo una insensibilidad del juez y, en consecuencia, su aislamiento de la sociedad. De tal manera, las preocupaciones profesionales de los integrantes de los cuerpos judiciales se concentran con exclusividad en la resolución de sus problemas retributivos o de progresión en el desarrollo de sus propias carreras.

Esos rasgos, tanto en Argentina como en Colombia, se han visto remarcados por un ordenamiento constitucional que o bien carece de disposiciones específicas dirigidas ya a promover, ya a limitar, los impulsos asociativos de jueces o magistrados con la orientación que ellos le imprimieran, o bien posee reglamentaciones legislativas que explícitamente contraen las posibilidades para que los jueces se expresen más allá de sus decisiones jurisdiccionales.

En Argentina, la Constitución nacional (C. N.) sancionada en 1853, no hace mención alguna a los derechos de agremiación o asociación con que eventualmente pudieran contar los funcionarios judiciales. Sabido es que la Carta Magna argentina es muy escueta en principios detrás de los cuales la administración de justicia pudiera organizarse. Puesto que el predominio del Ejecutivo en las formas de configuración del aparato judicial es muy marcada (desde el régimen de selección, nombramiento y promoción de jueces y magistrados, que únicamente cuenta con el control o acuerdo del Senado —artículo 86, inc. 5.º C. N.—, hasta la iniciativa en materia presupuestaria, que depende de la Secretaría de Estado de Justicia), es desconocida una vía de auto o cogobierno al estilo de un Consejo General del Poder Judicial. Para aquellas cuestiones relativas al control disciplinario de jueces y magistrados, existe lo que se conoce como *juicio político* a substanciarse por ante la Cámara de Senadores, siempre que la acusación sea formulada por la de Diputados (artículo 45 C. N.). En cuanto a la disciplina de funcionarios y aspectos de infraestructura, la Corte Suprema y las llamadas Cámaras de Apelaciones (tribunales de 2.ª instancia) conservan la superintendencia de la Justicia Federal y del correspondiente fuero y distrito judicial, respectivamente.

Las formas de organización de la justicia nacional provienen de diversas disposiciones legislativas, la última de las cuales —dec./ley 1.285 de 1958, ratificado por la ley 14.467— está completamente de-

dicada a regular la estructura y jerarquía de los tribunales nacionales antes que a establecer las eventuales capacidades que jueces y magistrados pudieran tener para demandar por sus derechos profesionales. Más aún, la recordada cultura iuspositivista encuentra su mejor expresión en un número de limitaciones que esa ley de «Organización de la Justicia Nacional» acarrea a los jueces, lo cual construye definitivamente la figura del juez aséptico y *bouche de la loi*.

Es por todo lo apuntado que el movimiento asociativo de jueces, magistrados y funcionarios judiciales no tiene en Argentina más que una expresión absolutamente neutra. En efecto, la denominada *Asociación Nacional de Magistrados y Funcionarios Judiciales* constituye una agrupación de jueces federales y nacionales que no pasa de ser una mera instancia de expresión de los anhelos reivindicativos sobre el tema de las retribuciones, cuando no una vía de negociación con el Ministerio para nombramientos y ascensos.

Sin embargo, todas esas características que han enmarcado históricamente la vida de la clase judicial argentina no han impedido que en dos ocasiones, negativamente memorables, la Corte Suprema de Justicia violara una acendrada jurisprudencia del mismo tribunal que había recogido la doctrina de las *Political Questions* de la Corte de los Estados Unidos, mediante la cual siempre se había abstraído de pronunciarse —sin requerimiento de parte— en materias ajenas a controversias en que se deban dirimir los derechos de los ciudadanos, de los Estados provinciales frente al nacional o en los que éste fuera parte. Bien es verdad que la mencionada doctrina es de una gran ambigüedad, pues determinar la naturaleza «política» de las cuestiones en litigio ha sido siempre de una tremenda dificultad. Pero, ello no fue óbice para que, en septiembre de 1930 y en junio de 1943, la Corte Suprema argentina, sin que nadie le requiriera su intervención, realizara sendos pronunciamientos («acordados») reconociendo la legitimidad de las interrupciones del sistema político representativo, llevadas a cabo por los *golpes* militares de aquellas fechas y habiendo abierto el primero de ellos una larga época de inestabilidad institucional para el sistema democrático.

De allí en más, la Corte Suprema y la Justicia Federal han sido objeto de una pérdida casi permanente de independencia externa que se difundió en los demás niveles de la justicia nacional. Esa situación se transformó en un verdadero sometimiento al poder político y, particularmente, al militar durante las épocas de las dictaduras castrenses. Mas al retorno del régimen democrático —desde diciembre de 1983— el cuadro general no ha mejorado mucho, salvo los atisbos que se señalarán más adelante. Y no ha podido mejorar pues, más allá de la falta de voluntad política del gobierno encabezado por Raúl Alfonsín en producir una depuración de la clase ju-

dicial, infectada de elementos vecinos o consustanciados con el poder militar (lo que hubiere sido constitucionalmente posible), no ha habido hasta ahora tampoco una voluntad de producir el cambio ideológico de la política jurídica, junto a la reforma estructural que necesita la administración de justicia argentina en el marco constitucional y legal.

Por todo ello, la ocasión verdaderamente primera que se plantea hoy día en Argentina podría provocar el vuelco que requiere el país en materia judicial, si de verdad se quiere afirmar el régimen democrático. En efecto, existen en curso dos procesos que podrían beneficiar enormemente la situación en que se encuentra la administración de justicia. Uno, el de la Reforma de la Constitución nacional, promovido por el Partido Radical en el gobierno y, otro, el del Proyecto de Transformación de la Administración de Justicia Penal en la República, referido al ámbito de competencia del Estado federal. Diríase que el segundo posee de verdad una entidad sustancialmente más amplia y profunda que el primero. Ello así, pues ya tiene trámite parlamentario el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, verdadero modelo de transformación del sistema de enjuiciamiento criminal en el país. Mientras, existe ya un Anteproyecto de nueva ley orgánica para el sistema de enjuiciamiento penal que, coherentemente con el Proyecto mencionado (como que ambos estudios ha sido obra de una misma Comisión, encabezada por el Prof. Dr. Julio B. J. Maier, distinguido jurista y exmagistrado), han planteado las bases para cambiar radicalmente las formas y las expresiones de la justicia penal. Este cambio necesita y prevé, sin duda, su correlato en la ideología jurídica y en la política judicial. Y, aunque todo ello quede condicionado por el cambio cultural que la sociedad argentina toda requiere, existen ya los elementos instrumentales para generar la transformación en la administración de justicia.

No se vislumbra, empero, el mismo ímpetu y una similar intención en los trabajos preparatorios a la Reforma de la Constitución. Si bien ésta se presenta encorsetada por la negociación política de estos meses, entre los dos partidos políticos mayoritarios (radical y peronista), no surgen de esos trabajos (cfr. *Consejo para la Consolidación de la Democracia* 1986) unas propuestas de fondo necesarias para acompañar aquella transformación; más bien, parece que quienes han elaborado esta Reforma de la Constitución están bastante alejados de los planes y aspiraciones de los que prepararon el cambio en el enjuiciamiento penal y su respectiva administración de justicia.

Mientras tanto, y de forma muy alentadora, ha nacido en el seno de la Asociación Nacional de Magistrados y Funcionarios Judiciales algo imprevisto: una corriente que se identificó en las últimas elecciones de Comisión Directiva, como *Lista Verde*. Planteada frente a las otras dos listas (Blanca y Azul) que, sin

mayores diferencias aunque desde posiciones muy conservadoras —la primera, representando al sector de una judicatura vinculada con el reciente Proceso militar y enfundada en un manto de apoliticismo—, disputaron desde siempre los cargos de esa Comisión, la nueva lista se manifiesta como comprometida con la defensa de intereses sociales mayoritarios, los derechos humanos en particular (esto es muy relevante, cara a la conducta observada en este terreno por la clase judicial en los años de dura represión) y el papel político que la magistratura debe cumplir en Argentina para transformar la ideología jurídica y la ubicación de la administración de justicia en el marco institucional.

Esto es, muy sucintamente, el cuadro de la situación en que se expresan actualmente los intereses profesionales de la magistratura argentina y dentro del cual deben interpretarse los comportamientos de sus integrantes. Difícil es para quien no conoce por dentro la vida de la clase judicial argentina tratar de entender o explicar ciertas decisiones jurisdiccionales que han conmovido a la opinión mundial, adoptadas por jueces que no exhiben pasados de probada fe democrática. Pero más difícil resulta, a quienes sí conocen esa vida y semejantes pasados, justificar o por lo menos entender la identidad democrática que esos jueces y fiscales se han labrado internacionalmente.

III. La historia de la magistratura judicial colombiana, si bien difiere, como es natural, de la argentina, en cuanto a los hechos que le ha tocado protagonizar, no se distancia en cambio de su homóloga latinoamericana en lo relativo a su formación jurídica e imagen que del juez ha creado. Una excelente visión de estos aspectos fue presentada por el infortunado Emiro Sandoval Huertas (v. 1985, 75-84), al demostrar cómo se produce en Colombia la intervención judicial en el proceso de aplicación de las normas penales y cuáles son los motivos que inciden, tanto para configurar la profesión judicial como de escaso prestigio social, cuanto como proceso de selección clasista de jueces y magistrados. Esta tiene especialmente lugar a través del sistema de educación superior existente en Colombia y no porque los cargos judiciales estén reservados a miembros de los sectores sociales dominantes.

A partir de una cierta imagen degradada, los jueces colombianos, sin embargo, han podido asumir dentro de su propia historia algunas actitudes de independencia. Quizá por esto, reiteraba Sandoval Huertas, es que los gobiernos y el Congreso han mantenido no sólo en situación de aguda escasez de recursos materiales a la rama jurisdiccional, sino que además han producido repetidos y variados intentos por someterla a un control y reducirle su espacio legal de acción. Tales intentos, precisamente, se relacionan con el tema que se aborda en este trabajo.

En efecto, por medio de los llamados Actos legis-

lativos núm. 2 de 1977 y núm. 1 de 1979, se quiso establecer el régimen de carrera judicial en Colombia, para cumplir con el mandato del artículo 162 de la Constitución nacional. Ello suponía el nacimiento de un «Consejo Superior de la Judicatura» que, en teoría, debía operar como órgano de gobierno de la rama jurisdiccional pero que, en su conformación y funcionamiento suponía una sutil forma de sometimiento de la clase judicial a los demás poderes políticos. Circunstancias de forma en la tramitación legislativa de aquellos Actos acarrearón la declaración de inconstitucionalidad de ambos, por el que el establecimiento de la carrera judicial ha seguido postergado hasta hace poco tiempo, como se verá a seguido, y por lo tanto, el sistema de reclutamiento y nombramiento de jueces y magistrados continuó siendo el de la cooptación desde la cúspide y niveles inferiores de la pirámide judicial, aunque siempre con designación política de los cargos, mientras, el Consejo, en consecuencia, quedó abortado.

De estas maneras, la actividad asociativa de los jueces ha discurrido en Colombia de una forma puramente testimonial, aunque de verdad sacrificada y pujante dentro de un marco legal de gran ambigüedad que sólo el año pasado ha sido fijado como resultado de los gravísimos sucesos de 6-7 noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá —de los que se hablará luego— que condujeron a momentos de gran tensión entre la clase judicial y los poderes públicos pero, a la postre, no han hecho más que acarrear una gran frustración a las aspiraciones de independencia de la rama jurisdiccional.

La Constitución colombiana (T. III, «Derechos civiles y garantías sociales», artículo 18), garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos, dejando a la ley la reglamentación de su ejercicio. Más adelante (T. V, «De las ramas del Poder público y del servicio público», artículo 58 inc. 3) establece que: «la Justicia es un servicio público, de cargo de la Nación». De aquí, o sea, del juego de estas dos disposiciones constitucionales se ha entendido siempre en Colombia que los funcionarios judiciales (jueces, magistrados y demás dependientes) están impedidos de realizar huelgas en procura de satisfacer sus demandas profesionales.

No obstante, desde hace algunos escasos años, nació ASONAL-judicial, como rama vinculante de todo el personal de justicia al movimiento de funcionarios públicos. Este nucleamiento ha encabezado todas las luchas reivindicativas del sector con gran dignidad y todas sus medidas de fuerza, planteadas desde la ilegalidad de la huelga, siempre rozaron la prohibición. Todo lo cual ha querido ser controlado, motivo por el que el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 0052 de enero 13 de 1987 con el que «se revisa, se reforma y pone en funcionamiento la carrera judicial». En su Tit. VI, art. 54, bajo el epígrafe «Derechos y deberes de los funcionarios judiciales», el Decreto establece que: «Todo funcionario y emplea-

do judicial tendrá derecho (...) a la asociación con fines de apoyo mutuo de carácter cultural, asistencial, cooperativo y otros similares (...)»

Mas, los hechos tremendos en los que se ve envuelta en una nueva fase de violencia de todo sino la sociedad colombiana, desde hace algunos años, y cuyas motivaciones no deben ser motivo de análisis en este trabajo (cfr. para ello el Informe presentado al Ministerio de Gobierno por la Comisión de Estudios sobre la Violencia, constituida en el ámbito de la Universidad Nacional de Colombia por varios y destacados estudiosos del tema, todos de distinta procedencia ideológica, y que se puede consultar en: Sánchez G. 1987), han venido a condicionar cualquier aspiración en favor de promover, dentro y respecto de la clase judicial, un debate acerca del papel que jueces y magistrados deben cumplir hoy frente al desenfado del poder de los políticos tradicionales y las violencias de todo cuño, en particular la del poder militar. Semejante situación reconoce en su base el inmovilismo que exhibe el esquema de poder y la corrupción que en todos los sectores implicados en el mismo ha generado la criminalidad organizada (fundamentalmente los clanes y mafias vinculadas al negocio de la droga) que, sin embargo, se ve fomentada por el extenso mercado y los intereses que lo mueven desde Estados Unidos.

Dentro de ese marco y seguramente como determinante mayor de los atropellos de que ha sido objeto en Colombia la posición de dignos jueces y magistrados, deben recordarse los hechos del 6-7 de noviembre de 1987, aludidos antes. El Palacio de Justicia de Bogotá fue entonces objeto de dos asaltos; uno, realizado por el grupo armado M-19 y otro, por las mismas fuerzas militares que desbordaron la indecisión del propio Presidente de la República. La irracionalidad de ambos asaltos, convalidado el segundo por todo el Poder Ejecutivo, desoyendo los reclamos del mismo Presidente de la Corte Suprema —secuestrada casi en pleno por los guerrilleros— provocó el holocausto de inocentes ciudadanos y de casi la mayoría de magistrados y funcionarios del más alto tribunal colombiano. Entre todos estos —muchos y destacados juristas y amigos de quien escribe estas líneas— provocan el recuerdo más emocionado su Presidente, Alfonso Reyes Echandía, uno de los más ilustres, juristas de Latinoamérica en las últimas décadas y Emiro Sandoval Huertas, su magistrado auxiliar y su más destacado discípulo, prototipo del intelectual comprometido con la lucha por los derechos humanos. Con posterioridad a estos hechos ha sido llamativa la falta de resultado obtenido por las investigaciones oficiales sobre tales sucesos, tanto judiciales como parlamentarios, para lo cual es necesario acudir a testimonios públicos pero no oficiales, producidos por la prensa y el propio Procurador General de la Nación, dimitido de su cargo (v. Peña Gómez, enero 1987; Procuraduría General de la Nación, agosto 1986).

Frente a este cuadro de postración y desánimo que institucional y profesionalmente deben tener ante sí los honestos magistrados colombianos, no deben descuidarse tampoco los casos de marcada corrupción que se han venido revelando en los últimos meses, en relación con las situaciones procesales de notorios traficantes de droga. Tampoco han de olvidarse los oportunismos y actitudes aprovechadas que siempre se manifiestan ante la desaparición de figuras relevantes de la magistratura, como se han avertido en la clase judicial colombiana después de la muerte de algunos integrantes de la Corte Suprema.

Es por eso que cabe destacar la aparición de un llamado «Colectivo socio-jurídico *Ruptura*», conformado por profesionales del derecho y algunos miembros de la clase judicial. Su presentación se ha hecho mediante un Editorial publicado en una revista que en Colombia recoge y difunde, con gran mérito, las expresiones que por un derecho penal y un análisis crítico de la cuestión criminal se producen en otros ámbitos latinoamericanos y europeos (v. *Nuevo Foro Penal* 1987).

Sabido es que ha habido un par de temas cruciales para el desequilibrio de las relaciones entre el Poder Judicial colombiano y las demás ramas del Poder Público. Uno ha sido el relativo a la extradición de nacionales, establecida mediante un cuestionado tratado con los Estados Unidos (cuya ley promulgatoria ha sido ahora declarada inconstitucional por la Corte Suprema); otro, el de la reiterada asignación de competencias a tribunales militares o de excepción para el juzgamiento de ciudadanos civiles. Esta situación sirvió para que determinados personajes de la política nacional hayan atribuido a la rama jurisdiccional el ser la principal responsable del caos reinante en Colombia.

Pues bien, la denuncia de semejante estado de cosas; los reclamos por una verdadera independencia —interna y externa— y autonomía del Poder judicial; el pedido de un régimen auténtico de carrera

judicial que excluya otras ramas del Poder público en la designación y promoción de jueces y empleados judiciales; la garantía de una pluralidad ideológica en la conformación de la clase judicial; la promoción de un perfil de juez comprometido con los derechos humanos; la propensión o creación de una asociación de jueces; la informatización de la actividad judicial, etc., constituyen las expresiones que formula el colectivo sociojurídico *Ruptura*.

Quizá sea este tipo de expresiones las que, modesta pero valientemente pronunciadas, animen a los integrantes de una clase judicial en inferioridad de condiciones, de cara a las tribulaciones que asolan la sociedad colombiana, para asumir una posición de firmeza en sus legítimas reivindicaciones.

## BIBLIOGRAFIA

Bergalli, R. (1984), *Estado democrático y cuestión judicial* (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial) Depalma, Buenos Aires

Bergalli, R. (1986), *El poder y los jueces latinoamericanos. Los modelos argentino y colombiano*, en Revista CIDOB d'Afers Internacional, n.º 8, primavera. Barcelona. 49-61 También en: IUSTA, Facultad de Derecho-Universidad Santo Tomás, 1987, n.º 9, Bogotá, 18-30

Bergalli, R. (1988), *Aproximación a una Sociología de la Justicia* (Particular referencia a Argentina y América latina), Lerner ediciones, Córdoba (Argentina).

Consejo para la Consolidación de la Democracia (1986), *Reforma Constitucional - Dictamen preliminar*, EUDEBA, Buenos Aires.

Nuevo Foro Penal (1987), *Hacia una auténtica administración de justicia. Colectivo sociojurídico «Ruptura»*, n.º 36, abril-mayo-junio, Temis, Medellín-Bogotá, 147-150.

Sánchez, G., G. (1987), *Colombia: violencia y democracia* (Informe presentado al Ministerio de Gobierno), Comisión de Estudios sobre la Violencia, Universidad Nacional de Colombia-Centro Editorial, Bogotá

Sandóval Huertas, E. (1985), *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá.

Peña Gómez, M. V. (1987), *Palacio de Justicia. Las 2 Tomas*, Fundación Ciudad Abierta, Bogotá 2.ª ed. (1.ª ed. 1986).

Procuraduría General de la Nación (1986), *El Palacio de Justicia y el Derecho de Gentes*. Documentos Bogotá.

Una obra imprescindible para:

- Abogados.
- Jueces, Magistrados.
- Notarios.
- Facultades y Organismos Oficiales.
- Estudiosos del Derecho Civil en general.

ACTUALIZADA  
MENSUALMENTE

legislación  
civil  
vigente

Auténtica NOVEDAD en España



## PLAN DE LA OBRA

### I. DISPOSICIONES GENERALES

#### VOLUMEN I

CONSTITUCION. (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)  
LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL  
CODIGO CIVIL. (Libros 1º, 2º y 3º)

#### VOLUMEN II

CODIGO CIVIL. (Libro 4º Índice alfabético del C.C.)

#### VOLUMEN III

LEGISLACION FORAL. (Aragón, Baleares, Vizcaya y Alava, Cataluña, Galicia, Navarra, Baylio)

### II. NORMAS COMPLEMENTARIAS

#### VOLUMEN IV

- 1) DERECHO DE LA PERSONA.  
A) LA PERSONA FISICA (Normas Internacionales, Bienes y Derechos, de la personalidad, Régimen Jurídico del Cuerpo Humano, Nacionalidad, Registro Civil).  
B) LA PERSONA JURIDICA (Asociaciones, Fundaciones).  
C) DERECHO ECLESIASTICO.

#### VOLUMENES V y VI

- 2) OBLIGACIONES Y CONTRATOS  
A) PARTE GENERAL (Legislación Notarial, Control de Cambios, Obligaciones Pecuniarias).  
B) CONTRATOS EN PARTICULAR (Compraventa, Arrendamientos Rústicos, Arrendamientos Urbanos, Préstamos, Juego y Apuestas, Seguros, Arbitraje).  
C) RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL (Vehículos a motor, Aeronaves, Riesgos Nucleares y otros)

#### VOLUMENES VII EN ADELANTE (en preparación)

#### 3) DERECHOS REALES

- A) LA PROPIEDAD  
a1) Ley del Suelo.  
a2) Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.  
a3) Viviendas de Protección Oficial  
a4) Propiedad Horizontal.  
a5) Aguas, Minas e Hidrocarburos  
a6) Propiedad Intelectual.  
a7) Propiedad Industrial.  
a8) Patrimonio del Estado  
a9) Caza y Pesca, etc.  
B) OTROS DERECHOS REALES  
b1) Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento  
b2) Ley Hipotecaria  
4) SUCESIONES  
A) SUCESION INTESTADA  
B) TITULOS NOBILIARIOS.

legislación  
civil  
vigente

UNA OBRA DE  
FACIL CONSULTA  
Y RESPUESTA  
INMEDIATA

### CARACTERISTICAS:

ACTUALIZACION  
MENSUAL

HOJAS  
CAMBIABLES  
(Formato 27 x 21 cms)

TAPAS ARCHIVADORAS  
de plastipiel con resortes  
especiales (Formato 28,5 x 25 cms)  
Indices de plástico, que permiten  
la rápida localización de las  
materias deseadas

Es una creación de:



editorial  
**lex nova** %

Avda. Reyes Católicos 11 47006 - VALLADOLID  
Teléfono (983) 23 04 00 23 00 04

Delegación  
Espronceda, 19 28003 - MADRID  
Teléfono (91) 254 93 97

EL PRECIO POR TOMO INCLUYE  
EL SERVICIO DE ACTUALIZACION  
HASTA EL 30-06-88

PRECIO  
DE LA OBRA  
8.000 pts./Tomo\*  
\* IVA no incluido

Inicialmente se suministrarán los seis Primeros Tomos, y los Tomos restantes hasta completar la Obra, dentro del primer semestre de la presente anualidad

# DOCUMENTOS DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

---

## Nota informativa del Secretariado sobre el proceso reivindicativo en curso

La participación de nuestra asociación en el actual proceso reivindicativo con las otras asociaciones profesionales obedece a un proceso que se inicia como consecuencia del programa aprobado en nuestro segundo Congreso. En las líneas de política asociativa se acordaron unas pautas de actuación profesional bajo el epígrafe «defensa de los intereses profesionales, individuales y colectivos» que pretendían la adecuación de las condiciones de trabajo de Jueces y Magistrados a la función ejercitada, como medio para mejorar la situación del servicio público de la justicia.

En diferentes reuniones del Secretariado y Comité Permanente se abordó la urgencia de elaborar un programa sindical que inscrito en el programa general de nuestra Asociación permitiese introducir elementos de racionalidad en la organización del aparato judicial. En consecuencia se aprobó la situación en torno a los siguientes puntos concretos: Reconocimiento del derecho a negociar de las asociaciones profesionales; mejora y adecuación del sistema retributivo; determinación del rendimiento exigible y dotación de los medios materiales que permitiese su efectiva realización; plan de formación de Jueces y Magistrados.

Nuestro Congreso, de otro lado, acordó igualmente la posibilidad de realizar acciones concretas con otras asociaciones profesionales y reivindicó el derecho de huelga, sin perjuicio de su estimación como recurso extremo y de la consciencia de las limitaciones que proceda autoimponerse por razón de la función ejercida.

Para la negociación de este programa, *Jueces para la Democracia* solicitó en el mes de septiembre de 1986 la apertura de un diálogo con el ministro de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial. Por el ministro de Justicia se aceptó la iniciación del diálogo y convocó a las tres asociaciones profesionales el 29 de noviembre de 1986, acordán-

dose un calendario de reuniones que se inició el mes de enero de 1987. *Jueces para la democracia*, en reuniones periódicas con el director general de Relaciones con la Administración de Justicia expresó su programa de actuación y las posibles soluciones al deterioro de la situación profesional de Jueces y Magistrados. En el mes de septiembre de 1987, el director general, por razones presupuestarias, expuso la imposibilidad de acceder a ninguna de las solicitudes formuladas.

Paralelamente, este mismo programa fue discutido en múltiples reuniones con el Consejo General del Poder Judicial que declinó cualquier actuación por considerar las medidas propuestas competencia del Ministerio de Justicia.

Ante el fracaso del diálogo, *Jueces para la Democracia* asumió la iniciativa de convocar a las otras asociaciones judiciales, para, de forma conjunta, celebrar asambleas de Jueces y Magistrados en todo el territorio nacional en las que se expusiesen los distintos proyectos de actuación.

La propuesta fue aceptada y convocadas las asambleas fijándose como fecha el 13 de noviembre de 1987. La coincidencia en el tiempo con el Primer Congreso de Gentes del Derecho llevó a la *Asociación Profesional de la Magistratura* a desconvocar en el último momento. No obstante, se celebraron reuniones en Madrid, Euskadi y Valencia, entre otros territorios, que tuvieron una evidencia repercusión pública.

*Jueces para la Democracia* valoró la necesidad de un nuevo intento de unidad entre las tres asociaciones judiciales y propuso para ello una reunión de las tres ejecutivas que, celebrada en Madrid, esbozó un programa reivindicativo de cuatro puntos y admitió la posibilidad de adoptar medidas de presión, en último extremo la huelga.

Los cuatro puntos se resumían en: 1) Reconocimiento del derecho a negociar por las asociaciones

judiciales las condiciones de empleo de Jueces y Magistrados. 2) Determinación por una empresa especializada de los módulos de trabajo en los distintos órganos jurisdiccionales. 3) Régimen retributivo conforme a la función ejercitada. 4) Programa de formación.

Como posible medida de presión por el Secretariado de *Jueces para la Democracia* se aprobó la posibilidad de convocar una hora de paro, con la posible participación de otros colectivos relacionados con la Administración de Justicia.

La repercusión pública de la reunión de las tres ejecutivas determinó que el presidente del Consejo General del Poder Judicial convocase a los representantes de las tres asociaciones judiciales. A resultas de esta reunión se aprobó por el Pleno del Consejo la constitución de una comisión mixta Consejo-Asociaciones que concretase las reivindicaciones judiciales para su presentación al ejecutivo.

Constituida dicha comisión, actualmente se encuentra pendiente de la finalización de sus trabajos.

El Secretariado de *Jueces para la Democracia* quiere destacar:

1. La actual situación conflictual se produce tras

un año de constante discusión con el Ministerio de Justicia y Consejo General del Poder Judicial que ignoran cualquier petición o sugerencia de nuestra Asociación.

2. El programa elaborado por las tres asociaciones judiciales se inscribe en nuestro proyecto de racionalización de la Administración de Justicia.

3. La actuación conjunta con otras asociaciones se limita a los puntos de coincidencia.

4. La actuación de nuestra Asociación trata de evitar el deterioro progresivo de la Administración de Justicia así como fenómenos de negociación sectorial (Jueces de Distrito, Magistrados de Instrucción, etc.), que contribuirían a una mayor desorganización.

5. En cuanto a las medidas propuestas se consideran imprescindibles por lo menos para asegurar un mínimo funcionamiento de la justicia. *Jueces para la Democracia* está dispuesta a convocar medidas de presión, en último extremo, que impliquen el mínimo deterioro en el funcionamiento de la justicia.

(ABRIL 1987)

# APUNTES(\*)

---

## • Los ruidos del portavoz

Martínez Zato, el fogoso portavoz —en este caso como en tantos casos, no se sabe si del Consejo o del Ministerio— volvió a ser noticia. Malgastando —ésta como otras veces— el precioso tiempo que ponía a su disposición el Ente Público, sugirió algún tipo de relación entre lo que llamó «ruido de togas» y el «ruido de sables» que inquietara al país en algunos momentos delicados de la transición democrática. Con la crispada espontaneidad que le caracteriza, puso nuevamente de manifiesto su dificultad para moverse en otros terrenos que no sean los de la propaganda o la descalificación, y como siempre, sin demasiado equilibrio. Dejó ver también que no sabe gran cosa de togas, algo que no tiene nada de particular, puesto que hace ya mucho tiempo que no la usa. Pero lo que resulta más sorprendente es que, produciendo tanto como produce, no sepa nada de ruido.

Por la adición al decibelio y la probada capacidad de Martínez Zato para el estruendo intimidatorio, quien no le conociera lo bastante, podría quizás pensar en el león de «la Metro». Pero el polémico vocal está mucho más cerca del perrito de «Emi-O-deón». ¿Quizás perrito de San Bernardo?

## • Si hay que asustarse

El pasado 25 de febrero, el vocal del Consejo General del Poder Judicial, José-Augusto de Vega, al comentar para la radio el acuerdo de ese organismo revocando la sanción impuesta por la Comisión Disciplinaria a José-Donato Andrés Sanz, entonces Juez de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, dijo textualmente:

*«No hay que asustarse cuando un tribunal de justicia o un órgano como el Consejo o la Comisión Dis-*

*ciplinaria crean una figura jurídica en su razonamiento, partiendo de la nada o de la duda.»*

La proclividad o la aptitud de cada quien para el susto es algo bastante personal y puede que tenga incluso que ver con variables tan poco objetivables jurídicamente como la tensión arterial o la secreción de algunas glándulas. Pero si la doctrina del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo en materia sancionadora-disciplinaria merecen al menos el valor de indicadores, habrá que convenir que la más alta jurisprudencia de este país sobre el particular es obra de gentes asustadizas y pusilánimes. Menos mal.

## • El código de los «bemoles»

Todo comenzó en una noche agitada en el Juzgado de Guardia de Madrid. Llegaron dos atestados con tres detenidos relacionados con dos atracos a mano armada. Los denunciados, malheridos en el curso de los hechos, fueron ingresados en un centro sanitario.

El juez de guardia, a primeras horas de la madrugada, dispuso la prisión de los detenidos. Para cumplir este acuerdo, envió al hospital al secretario con un oficial y el médico forense. Los dos primeros para la notificación e información de derechos; el último para que dictaminase sobre el estado de los lesionados.

Serían las 4 cuando una monjita condujo a los aplicados funcionarios hasta la dependencia correspondiente. Una vez llamaron a la puerta, salió un agente del Cuerpo Nacional de Policía con aspecto cansino, abrochándose los botones de la bragueta y dando los últimos toques a su vestimenta que acababa de ponerse. Lo de la bragueta fue todo un anticipo de lo que iba a suceder después.

La monjita abandonó sigilosamente la zona policial del hospital. Entretanto el secretario iniciaba su tarea presentándose al agente e informándole de la diligencia que trataba de practicar.

---

(\*) Esta sección está a cargo de la Redacción

El todavía adormilado guardián puso cara de no estar muy por la labor. Para empezar inició el diálogo exigiendo una acreditación de identidad, lo que está dentro de la lógica procedimental. Pero no bastó el carnet profesional, aquí ya con quiebra de esa lógica, y fue preciso exhibir el DNI.

Pues bien, para sorpresa del funcionario judicial el de policía manifestó que, a pesar de todo, allí no iban a entrar. Por toda razón, la de que sus superiores le habían comunicado que los detenidos estaban a disposición de un juzgado de Zamora y que, por consiguiente, allí sólo podría entrar el juzgado de Zamora, que no el de Madrid.

Tras un vano intento de explicación y un corto pero fructífero diálogo, la comisión judicial abandonó el centro, regresando al Juzgado de Guardia.

La escena de la bragueta fue todo un claro y alertador aviso acerca de la fuente de las reglas —no desde luego las de la Ley de E. Criminal— por las que acabó rigiéndose la fallida diligencia judicial. Se impuso una normativa especial y de urgencia: el código de los «bemoles».

Frente a situaciones como la descrita, y para tratar de evitar este género de crisis procesales, sólo caben dos tipos de solución: o se imparte en el Centro de Estudios Judiciales un cursillo acelerado sobre aquel curioso orden normativo; o se enseñan en la Escuela de Policía con la misma celeridad y bien las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Falta por ver si existe suficiente «voluntad política» al respecto.

#### • La solución

Cavilaba el pobre juez recién estrenado la forma de arreglar el momio de juzgado que le había caído en suerte-desgracia. Por más vueltas que le daba al «alarde», el asunto no parecía tener salida: 4.700 previas, 1.150 indeterminadas, 150 sumarios, 350 «peos», más de 1.000 solicitudes de auxilio judicial, casi 900 pleitos civiles, de los que 540 eran contenciosos, sólo en el último año...

Después de meditarlo con cierta angustia, se le ocurrieron algunas soluciones propias de su inexperiencia. Pero como «donde no hay no roban», las puso en práctica con más empeño que resultados, como luego se verá.

Se convirtió en oficial, auxiliar y agente. Pidió más funcionarios y, tras un año de lucha, le mandaron dos interinos por seis meses y fue efusivamente felicitado por la curia del partido. Pidió máquinas de escribir, y le enviaron dos ¡electrónicas! (de nuevo felicitaciones). Imploró y consiguió un segundo juzgado.

Un día le anunciaron la visita de la Inspección. No le dio mayor importancia, quizás porque no sabía lo que era. Aunque eso sí, vio con admiración el afanado ir y venir de los funcionarios. En fin, prepararon entre todos, en jornadas de sol a sol, la documentación correspondiente, resultado «un alarde» de 125 folios.

Los inspectores hicieron concienzudamente su trabajo. El joven juez recibió al poco un tocho de proporciones similares a las del «alarde», con una carta en que se le ofrecía formular alegaciones. No tuvo nada que alegar a la lista de «paralizadas», «sin proveer desde...», «falta tasación», «pendiente sentencia»... Para ese viaje no hacían falta alforjas.

Tras la atribulada espera de un mes, al fin la respuesta, en una comunicación de la inspección. Sudaba al abrir el sobre, pero tanto sudor no fue en vano: «*Para procurar conseguir la normalización del Juzgado del que V. S. es titular, será preciso que observe al máximo el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*» (sic)

Tomó rápidamente ese texto, —¿cómo no se le habrían enseñado antes en la Escuela?— y halló por fin *la solución*: «Las diligencias para mejor proveer se practicarán dentro de un plazo no superior al establecido...»

#### • Faltaría más, Ilustrísimo Señor

Al final de un oficio recientemente enviado por el administrador de la Caja General de Depósitos a un juez de Madrid, puede leerse: «*Le ruego haga llegar al Sr. Secretario de ese Juzgado que, en lo sucesivo, se dirija a esta Administración en sus escritos y comunicaciones de forma correcta y emplee para esta Jefatura el tratamiento de V. I., a que está obligado por las disposiciones vigentes.*»

Es verdad, Ilustrísimo Señor, o todavía mejor, Sí Jefe: a cada uno lo suyo.