

LEGISLACION JUVENIL Y DE MENORES

Agustín BASSOLS

*Consejero de Justicia de la
Generalitat de Catalunya*

ASPECTOS DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE MENORES PARA CATALUÑA

Mi participación en este curso requiere una explicación, casi una excusa. No soy Profesor, investigador, ni científico en la acepción corriente de estos términos. No soy más que un profesional del Derecho, introducido en el mundo de la política. Pero mi cargo público, al frente de la Consejería de Justicia de la Generalidad de Cataluña, ha avivado mi antecedente y constante preocupación por la delincuencia infantil y juvenil, añadiendo un elemento de responsabilidad, en orden a la respuesta que debe darse al problema desde las esferas de Gobierno; respuesta que, por ahora, hemos de reconocer que no es ni suficiente ni la más adecuada.

Estas reflexiones me llevaron al convencimiento de que debía perfeccionarse la legislación vigente, al amparo de las competencias exclusivas en materia de instituciones de menores que corresponden a la Generalidad de Cataluña. Así nació la idea de la «Ley de Protección de Menores» para Cataluña, actualmente, todavía, en fase de anteproyecto.

En el curso de los estudios y trabajos para la elaboración de este texto, nos hemos dado cuenta de las grandes limitaciones que el marco constitucional español impone a aquellas competencias en el campo legislativo, hasta el extremo de que, en algún momento, hemos estado tentados de desistir del empeño. Sin embargo, hemos seguido trabajando y hoy disponemos de un Anteproyecto que, con todas sus limitaciones, una vez haya culminado su periplo parlamentario y se haya convertido en Ley, con las mejoras resultantes que cabe esperar de este proceso democrático, confiamos que constituirá un instrumento eficaz para la realización de una política más efectiva de protección al menor, en Cataluña.

Creo, también, que la divulgación de ciertos aspectos de este Anteproyecto y de los problemas que ha planteado su elaboración, en una palabra, de nuestras experiencias al respecto, puede ser útil a otras Comunidades Autónomas, con similares problemas. Estas consideraciones me llevaron a aceptar la amable invitación de participar en este curso, sin la pretensión de aleccionar a nadie, pero con la esperanza de que mi intervención podría constituir, aunque modesta, una aportación más a la obra común de protección del menor, fruto de una experiencia casi inédita.

Con arreglo a lo expuesto, esta conferencia estará desprovista de elucubraciones teóricas y científicas, que quizás sería dable esperar, y no será más que la exposición, lisa y llana, y con intencionalidad práctica, de los problemas que ha planteado a Cataluña, con competencias similares a las de otras Comunidades Autónomas, el propósito de legislar en materia de menores.

Antes de entrar plenamente por este camino, y de acuerdo, además, con la temática general que también me corresponde desarrollar, con arreglo al programa, creo oportuno dar una ojeada a la historia de la legislación en materia de menores, para detenerme después en el análisis de la legislación vigente, tal como hicimos los autores del anteproyecto que nos ocupa, antes de empezar nuestro trabajo.

1. Historia de la legislación sobre menores

En Inglaterra, en el año 1815, un Tribunal de Old Bailey, condenó a la pena de muerte a cinco menores, con edades comprendidas entre los 8 y los 12 años. Este no es un hecho aislado, aunque constituye el ejemplo más próximo a nuestros tiempos y el más aberrante que he hallado en relación con el trato recibido por los menores de edad durante la pasada centuria.

Es cierto que al lado de hechos como el que acabo de exponer la Sociedad ha venido dedicando, desde la Antigüedad, un trato de favor a la infancia, en orden al establecimiento de responsabilidades penales y de la aplicación y ejecución de las penas.

Así, ya la Ley de las XII Tablas establecía una clara distinción, a efectos penales, entre púberes e impúberes¹ y una disposición del Emperador Teodosio declaró la irresponsabilidad penal de los menores de siete años². Se observaba, además, en la práctica, la costumbre de no aplicar o de no ejecutar la pena capital contra los impúberes.

En la Edad Media se avanza de un modo generalizado en esta línea, aunque muy lentamente.

Concretamente, en España, el Código de las Siete Partidas, a finales del S. XIII, declaraba la irresponsabilidad penal de los menores de diez años y medio para toda clase de delitos, elevando curiosamente esta edad a la de 14 años para los varones y a 12 años para las hembras, en los delitos de lujuria. Pero este tan ponderado Código tiene también sus aspectos negativos: la Ley 8.ª título 17 de la Partida IV, faculta a los padres para vender y empeñar a los hijos³.

Como catalán, pláceme invocar en este punto el Libro de las Costumbres de Tortosa, –del que se conserva un primer manuscrito de 1272– anterior, por tanto, a las Partidas, en el que se fija en diez años el límite de edad de irresponsabilidad penal del menor, exigiéndose la previa indagación del discerni-

1. Carolus Georgius Bruns. «Fontes Iuris Romani», pág. 31. 2.ª Edición. Tubingae, 1919. Tabla VIII, n.º 10 y Tabla IX, n.º 3. Pietro Bonfante. «Historia del Derecho Romano». Vol. I, pág. 262. «Revista de Derecho Privado». Madrid 1944.

2. Codex Theodosianus. «Codicis Theodosiani, Libri XVI». Parisiis, Apud S. Nivellium, 1586.

3. Andrea de Portonariis. «Código de las Siete Partidas», pág. 48. Ley 7.ª del título XVII de la Partida IV. Salamanca, 1555.

miento, hasta los 14 años, para la declaración de culpabilidad⁴. Además, en la Corona de Catalunya, Valencia y Aragón, en el reinado de Pedro IV el Ceremonioso, aparece concretamente en la ciudad de Valencia, la figura del Curador, Padre y Juez de Huérfanos, que se extiende después a otros Reinos de la Península, y que salvando todas las distancias, puede aceptarse como un antecedente histórico del actual Juez de Menores⁵.

En La Edad Moderna siguen estableciéndose límites a la irresponsabilidad penal de los menores, muy variables según los Países, y aún dentro de un mismo País, con frecuentes adelantos y retrocesos.

Llegamos, en esta situación al S. XIX que, cual ilustra el ejemplo expuesto al principio, no se distingue precisamente, ni en Inglaterra ni en ningún País europeo, por el adecuado y humanitario trato hacia la infancia.

Es la época del maquinismo y de la revolución industrial, en la que niños de cinco años y hasta de cuatro años y medio, como denunció el Dr. Viullermé en su célebre informe sobre «El estado de los obreros de las manufacturas del Reino» son empleados en trabajos manuales durante más de catorce horas consecutivas⁶.

En España, y en dicho Siglo, se promulga el Código Penal de 1822, en cuya normativa se exoneraba de responsabilidad penal a los menores de 17 años, exigiéndose la previa indagación del discernimiento hasta los 12 años y, en todo caso, mitigando la aplicación de las penas hasta dicha edad⁷.

Obsérvese el nulo progreso, cuando no el retroceso, entre este Código y el Libro de las Costumbres de Tortosa. Sin embargo ¡entre uno y otro texto median más de quinientos años!

Hay que llegar al último año del Siglo XIX para que se produzca el primer acontecimiento importante en relación con el enjuiciamiento y la responsabilidad penal de los menores. Y no es en Europa, sino en Norteamérica, en Chicago concretamente, donde por una Ley de 21 de Abril de 1899, se crea la primera «juvenile Court», el primer Tribunal Tutelar de Menores de la Historia Universal⁸. Como ha escrito a este propósito el que ha sido durante años Presidente del Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona, D. Martirián Llosas, «para veracidad de la culta y civilizada Europa, era un País joven, sin abolen-go jurídico, quien enarbolaba la antorcha redentora que debía iluminar al mundo... su eco llegaría pronto a las Riberas del Rin, a su paso por Colonia, cruzaría el Canal de la Mancha para extenderse luego por todo el Viejo Continente»⁹.

4. Costumbre 15.^a de la Rúbrica 1.^a del Libro noveno. J. Foguet Marsal, «Llibre de les Costums escrites de la insigne ciutat de Tortosa», pág. 399. Tortosa. Imprenta Querol, 1912 (Traducción del «Libro de la Cadena» que se conserva en el archivo del Ayuntamiento de Tortosa).

5. Luís Manuel López Mora: Jueces de menores y Ministerio Fiscal. En «Poder Judicial», Junio 1984, n.º 11, pág. 67.

6. Vid. J. Rounet. «El adolescente aprendiz», pág. 15. Ed. Planeta, Barcelona 1980.

7. Vid. «Diario de Sesiones de las Cortes». Vol. I, pág. 27 (art. 21 y 22). Imprenta Nacional, 1822.

8. Para una visión más amplia y crítica de la historia del nacimiento de los Tribunales Tutelares de Menores en EE.UU. y de toda su ideología, véase, Platt. A. «Los Salvadores del niño o la invención de la delincuencia». Ed. Siglo XXI, Méjico, 1982.

9. Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona. Memoria del Cincuentenario, 1969.

Y así, el Siglo XX consagra definitivamente en toda Europa y, en general en todo el mundo civilizado, la sustracción del menor del Derecho Penal Común, para crearle uno propio y especial de carácter tuitivo.

2. La Legislación especial de menores en el Estado Español

España, donde ya se habían dado siglos antes, según hemos expuesto, muestras legislativas respecto a la minoría de edad, se incorporó a la nueva corriente y el 12 de Agosto de 1904 fue sancionada la primera Ley de Protección a la Infancia. Se trata, eso sí, de una Ley intrascendente, sin más méritos que el de ser cronológicamente la primera. Es una Ley, por decirlo gráficamente, de nodrizas y lactantes, de lactancia mercenaria, absolutamente ajena a toda la problemática del menor que hoy nos preocupa.

El 18 de Noviembre de 1918 fue promulgada la Ley instituyendo por vez primera la Jurisdicción especial de Menores, sustrayendo su enjuiciamiento de la Jurisdicción Ordinaria. Al amparo de dicha Ley, le cupo al País Vasco, y concretamente a la ciudad de Bilbao, el honor de erigir el primer Tribunal Tutelar de Menores del Estado español, el año 1920¹⁰.

Sobre la base de estos textos legales y de algunas modificaciones posteriores, se inicia y desarrolla la Obra de Protección de Menores, que definitivamente se consolida, en el aspecto legislativo, en el año 1948.

Los textos refundidos, promulgados en dicho año, con ligeros retoques posteriores –Decreto de 16 de Febrero de 1976– constituyen la legalidad vigente en la actualidad.

Esta legalidad se asienta en dos grandes pilares:

- a) El texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948; y
- b) El texto refundido sobre la Protección de Menores, aprobado por Decreto de 2 de julio del mismo año 1948.

El primer texto –Ley y Reglamento– regula la organización, competencias y procedimiento de los Tribunales Tutelares. Se trata, pues, de una Ley de carácter organizativo, penal y procesal.

El segundo texto establece la ordenación de la protección de menores, que define como una «institución de inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de Organismos y servicios protectores». La reforma introducida por el Decreto de 26 de febrero de 1976 añade que la Obra de Protección de Menores es una «Entidad Estatal autónoma, dependiente del Ministerio de Justicia, constituida por órganos jerárquicamente ordenados».

Ambas creaciones legislativas –los Tribunales Tutelares de Menores y la Obra de Protección de Menores se colocan bajo la suprema autoridad del Consejo Superior– de Protección de Menores (art.º 6.º del Decreto de 11/6/48 y art.º 4.º del Decreto de 2/7/48) que a su vez es un Organismo dependiente del Ministerio de Justicia.

Pese a ello, y quizás por ello al menos en parte, la conexión entre una y otra Institución –los Tribunales Tutelares y la Protección de Menores– así co-

10. DE YBARRA, G. El primer Tribunal de Menores en España. Talleres voluntad, Madrid, 1925.

mo la delimitación material entre la actividad propia de una y otra aparece sumamente confusa¹¹.

El criterio central de distinción se encuentra para el Profesor Joaquín Toros de la Universidad de Barcelona en la anteposición de los términos Administración de Justicia y Administración Judicial, según cuya opinión mientras los Tribunales Tutelares forman parte de la Administración de Justicia, (Competencia exclusiva del Estado según el art.º 149.1.5. de la constitución Española) la Protección de Menores forma parte de la Administración Judicial.

La Administración de Justicia ejerce la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (pero no necesariamente en ejecutarlo por si misma) y se diferencia de la Administración judicial, dedicada dicha ejecución y a la satisfacción de las necesidades requeridas por el Organismo Jurisdiccional. Alberto Guaita ha estudiado muy bien estos dos conceptos y define la Administración judicial como aquel sector de la Administración dedicado al Servicio de la Justicia, concretando: «La Administración Judicial es la actividad del Estado que tiene por sujeto órganos administrativos y por objeto la justicia»¹².

Compartimos todas estas opiniones porque, en primer lugar, no nos cabe la menor duda sobre la adscripción de los Tribunales Tutelares de Menores a la Administración de Justicia, a tenor de las facultades que les encomienda el texto legal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pese a su dependencia de un organismo administrativo, cual el Consejo Superior de Protección de Menores.

A mayor abundamiento, el Decreto de 26 de febrero de 1976 taxativamente dispone: «Los Tribunales Tutelares de Menores colegiados o unipersonales en el ejercicio de su función jurisdiccional, solamente estarán sometidos al ordenamiento jurídico, respetando en todo caso la jerarquía de las normas».

Además, el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado el día 1.º de Agosto último por el Consejo de Ministros, y presentado ya a las Cortes Españolas, sustituye los Tribunales Tutelares por Juzgados de Menores, plenamente incardinados en la Jurisdicción Ordinaria y servidos, todos, por Jueces de carrera.

En segundo lugar, y en méritos de la propia definición legal, la Obra de Protección de Menores forma parte de la Administración judicial, cuando se vincula a la preparación o ejecución de las decisiones judiciales, cuyo cometido, en este último aspecto es comparable a la Administración Penitenciaria, en el mundo de los adultos; y de la Administración en general respecto a sus demás cometidos sin contenido jurisdiccional, tales como ayudas, fomento, coordinación, prevención, orientación, formación de personal, etc.

11. Véase Alberto Guaita. Ha estudiado muy bien estos dos conceptos y define la Administración judicial como aquel sector de la Administración dedicado al Servicio de la Justicia, concretando: «La Administración Judicial es la actividad del Estado que tiene por sujeto órganos administrativos y por objeto la justicia».

12. «Administración de Justicia y Administración Judicial». Revista de Derecho Procesal n.º 4, 1968, pág. 11 y ss. En idéntico sentido se pronuncia el Magistrado Angel Martín del Burzo. «Administración de la Jurisdicción». Revista de Administración Pública, n.º 54, 1967, pág. 9 y s.s.

3. Competencias legislativas de la Generalidad de Cataluña en materia de Menores

El artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Generalidad de Cataluña competencias exclusivas en materia de instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria. Y el artículo 25 le confiere la potestad legislativa en el ejercicio de tales competencias exclusivas. Todo esto está muy claro.

Pero debemos atenernos ahora a los anteriores razonamientos sobre la adscripción de los Tribunales Tutelares de Menores a la Administración de Justicia y al carácter jurídico-penal y procesal del texto refundido de 11 de junio de 1948 y recordar que la Constitución española reserva al Estado todo lo concerniente a la Administración de Justicia y a la legislación penal y procesal (Art. 149.1. n.ºs 5 y 6).

Todo ello nos lleva a la conclusión de que los Tribunales Tutelares, su normativa reguladora, la tipificación de infracciones y su sanción y el procedimiento a seguir, quedan al margen de las competencias de la Generalidad de Cataluña y de las demás Comunidades Autónomas con competencias semejantes, y que el objeto de sus competencias lo constituye la Obra de Protección de Menores, que debe deslindarse de la función jurisdiccional y de lo que sea legislación penal y procesal.

En definitiva: a la Generalidad corresponde la materia de Protección de Menores, pero no la actividad jurisdiccional propia de los Tribunales Tutelares y de los futuros Juzgados de Menores que habrán de sustituirlos. Por consiguiente, la Ley autonómica no debe inmiscuirse en la actividad de juzgar ni en la tipificación de infracciones y establecimiento de medidas. Le corresponde, en cambio, ordenar toda la actividad administrativa encaminada a proteger a los menores, que no tenga contenido jurisdiccional y, en relación con esta actividad, debe limitarse a establecer los medios materiales y personales al servicio de los órganos Jurisdiccionales, comprendida la observación previa del menor y su diagnóstico, que facilite la selección de la medida a aplicar, y la ejecución adecuada de la medida impuesta.

Reconocemos con esto, que la Ley cuyo anteproyecto presentamos, no es propiamente una Ley Penal, por lo que, quizás su presentación en este curso de Criminología, no tenga un perfecto encaje. Pido excusas, por ello.

4. Justificación de una Ley catalana de Protección de Menores

Sabemos ya a tenor de lo expuesto, cuáles son las limitaciones constitucionales de la Ley Autonómica en materia de menores y la posibilidad de legislar en esta materia. Pero estas competencias de carácter legislativo no justificarían por sí solas su ejercicio.

Una Ley autonómica no sólo debe ser posible en el marco constitucional, sino que, como todas, debe ser necesaria, tendiendo a un bien común determinado que la requiera y constituya su objeto.

Que la Ley es constitucional, de conformidad con los bienes y servicios traspasados, es evidente, aunque sea con grandes limitaciones, según confiamos haber demostrado ya.

Esperamos demostrar ahora que también es necesaria, en méritos de las siguientes consideraciones:

A) La Legislación estatal vigente se halla desfasada y no resuelve los problemas de la Protección de Menores en Cataluña:

Afirmamos esto únicamente con referencia al texto refundido de la Protección de Menores de 2 de julio de 1948, no porque el texto de 11 de junio del propio año, sobre Tribunales Tutelares, no sea susceptible de crítica todavía más severa a nuestro parecer¹³, sino porque —aparte de tratarse de una legislación en trance de desaparecer por imperativo de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y disposiciones que habrán de desarrollarla— sino porque regula una materia sobre la que, cual hemos expuesto, Cataluña carece de competencias y queda, por ello, al margen de la Ley proyectada y, por ende, de este estudio.

Respecto al texto refundido de Protección de Menores, sostenemos que se trata de una Ley basada en criterios benéfico-asistenciales, que deben ser sustituidos por la moderna concepción del servicio público; que carece de racionalización y de rigor, mezclando conceptos morales (Art. 5.º n.º 5) con otros jurídicos huérfanos de precisión (art.º 5, n.º 9); faltada de la exigencia de profesionalidad y de sentido pedagógico; y que desconoce las garantías del menor y su activa participación en el tratamiento¹⁴.

Pero, el más grave inconveniente práctico para mantenerla vigente en Cataluña al igual que en las demás Comunidades Autónomas con parecidas competencias, radica en las Juntas Provinciales de Protección de Menores.

Estas Juntas son generalmente inoperantes. Esto no es solamente una afirmación mía, sino una apreciación ampliamente compartida. El propio Fiscal del Tribunal Supremo, ya en su Memoria del año 1970, denunciaba este hecho en los siguientes términos: «Las Juntas de Menores con las de Protección a la Mujer son organismos sin vida, que funcionan sólo en lo que hacen los profesionales; es decir, son los administrativos los únicos que hacen algo útil y por lo que marchan estos Organismos».

Su misma composición —Gobernador Civil, Presidente de la Audiencia, Obispo de la Diócesis, Presidente de la Diputación, Alcalde de la Capital, etc.— o sea a base de personalidades con graves e intensas responsabilidades de otro orden, las condena al fracaso.

Se da la circunstancia, además de que si tales Juntas tuvieran una efectiva actuación, resultarían tremendamente conflictivas y su Autoridad redundaría en detrimento de la Autonómica y, por consiguiente, de las competencias asumidas por el Gobierno de la Comunidad.

Se ofrece, pues, el siguiente dilema a nuestra consideración: O dichas Juntas permanecen inactivas y entonces no son más que un estorbo; o son operativas y en tal supuesto constituirán una fuente de conflictos. Por lo que,

13. Las críticas a la actual Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 han sido muy numerosas. Véase en este sentido, GIMÉNEZ - SALINAS COLOMER, E. *Delincuencia Juvenil y Control Social*. Ed. Círculo Editor Universo. Barcelona, 1981; GONZÁLEZ ZORRILLA, C. *Jóvenes, desviación y reacción social: hacia un nuevo derecho penal de Menores*. En Poder Judicial, n.º 11, junio 1984, pág. 41 y s.s.; MOVILLA, C. *Jurisdicción de menores y Constitución* y PRIETO, L. *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*, en Ministerio de Justicia. Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1983.

14. GIMÉNEZ - SALINAS COLOMER, E. *Hacia una nueva planificación de la Protección y Tutela de Menores en Catalunya*, en Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, Bosch, Barcelona 1983.

en todo caso deben desaparecer. Y con ellas y para ello, debe dejarse sin efecto la legislación que las implantó y que las sostiene.

B) Las reformas legislativas que se anuncian a nivel estatal, exigen la actualización autonómica de la legislación de Menores:

En primer lugar debe tenerse en cuenta que el Anteproyecto de reforma del Código Penal eleva a 18 años la mayoría de edad penal. Pues bien, a partir de la probable aprobación de esta reforma, los jóvenes comprendidos entre los 16 y los 18 años, pasarán a ser menores de edad y sujetos a la Jurisdicción de Menores.

Asimismo, el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, al inclinarse decididamente por el criterio de la tipicidad penal, en cuanto a Juzgados de Menores, dejando al margen las conductas meramente asociales, inadaptadas y peligrosas, exigirá de la Obra de Protección de Menores una mayor atención a estos problemas.

El aumento previsible de trabajo que comportarán estas reformas legislativas comporta la exigencia de su mejor organización y regulación legal.

C) El aumento de la delincuencia y la implantación de la droga en el mundo de la adolescencia requiere una mejor ordenación legal.

Se ha exagerado sin duda el incremento de la delincuencia infantil y juvenil y de la drogadicción en Cataluña, pero no deja de ser un hecho cierto, real, altamente preocupante para el Gobierno de la Generalidad, al que debe concederse una atención prioritaria y cuya solventación comporta, entre muchas medidas que deben adoptarse, una mejor ordenación legal.

D) El recorte de las competencias autonómicas aconseja su ejercicio como medio para su mejor defensa:

Es un hecho fácilmente perceptible que, después de la fracasada tentativa de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), el Poder Central trata celosamente por otros medios de mantener determinadas prerrogativas, en detrimento de las competencias autonómicas. Nos hallamos en plena fase de involución del proceso autonómico, en muchos campos.

La materia de menores no escapa a esta tendencia. El traspaso de servicios e instituciones a la Generalidad de Cataluña, aprobado por R. Decreto de 5 de junio de 1981, se realizó sin ninguna reserva a favor del Estado. En cambio, los recientes traspasos que se han llevado a cabo el pasado mes de febrero a distintas Comunidades Autónomas (Extremadura, Valencia, Aragón, Andalucía, Galicia, La Rioja, Madrid y Castilla-León), también con competencias exclusivas, se distinguen todos por ciertas reservas a favor del Estado, tales como las competencias referentes a Centros piloto, coordinación de los de reforma, coordinación y orientación de los de muy difíciles, formación de educadores, etc. Las diferencias son harto elocuentes y denotan un indiscutible cambio de criterio del Poder Central en estos últimos tiempos. Es lícito pensar que la mejor defensa de todas las competencias autonómicas, comprendidas las legislativas, radica en su adecuado ejercicio y en el amparo del Tribunal Constitucional.

Además de las razones expuestas, igualmente válidas para todas las Comunidades Autónomas con competencias similares a las nuestras, se da otra razón particular en Cataluña, para la promulgación de la Ley, cuyo anteproyecto nos ocupa.

En efecto: La Generalidad de Cataluña ha creído conveniente deslindar,

dentro de la Obra de Protección de Menores, la acción meramente asistencia, tendente a la eliminación de la marginación, y a la prevención remota de la delincuencia, basada en situaciones globalizadas, que se dirigen a todos en general, de la acción estrictamente referida al campo de la delincuencia, a su prevención con medidas individualizadas y al tratamiento de la misma.

El primer tema ha sido englobado en el más general de los Servicios sociales, atribuidos al Departamento de Sanidad, y objeto de un proyecto de Ley que sigue su trámite parlamentario.

La otra temática —la relativa a la delincuencia— fue atribuida a la Consejería de Justicia, y se halla pendiente de regulación legal. Esta Consejería, con este objetivo y en uso de las facultades conferidas, ha ultimado el Anteproyecto que en concreto vamos a comentar seguidamente.

5. El Anteproyecto de la Ley de Protección de Menores para Cataluña

Como consecuencia de las limitaciones antes expuestas, en el orden competencial, relativas a los tribunales Tutelares de Menores y a lo concerniente a la legislación penal y procesal; y a causa, también de la exclusión de las actividades de orden asistencial, incorporadas a otro Departamento y objeto de otra regulación para la elaboración del Anteproyecto que comentamos se ha partido de un concepto estricto del término protección de Menores, entendida en el sentido de una actividad de tutela jurídica, que fundamentalmente comprende tres grandes áreas: a) la prevención individualizada de la delincuencia infantil y juvenil; b) el tratamiento de dicha delincuencia; y c) la tutela de menores por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia.

El fin de la Ley, la «ratio legis» que debe servir para su interpretación y para su despliegue reglamentario, no es, ni puede ser otro, que el bien del menor, entendido, desde luego, en los términos que propugna Miret Magdalena¹⁵. Es decir, aun estando plenamente convencidos de que el deber de protección corresponde antur y prioritariamente a los padres y que esto no es sólo un deber, sino también un derecho merecedor del máximo respeto, cuando los padres no lo ejercitan adecuadamente y surge el conflicto, el derecho del hijo prevalece sobre el de aquellos. Nuestro Anteproyecto de Ley, previsto para tales situaciones de conflicto, persigue, por tanto el bien del menor, no el de los padres; sin perjuicio de la salvaguarda también de los derechos de estos últimos, en la medida de lo posible.

Después de estas consideraciones de carácter general, vamos a proceder al examen pormenorizado del texto legal que nos ocupa.

El Anteproyecto se compone de una exposición de motivos, de 66 artículos y de las Disposiciones Finales.

Excusamos todo comentario sobre la exposición de motivos por cuanto se limita a enunciar, en síntesis, las razones justificativas de la Ley y su orientación general, aspectos que ya hemos examinado ampliamente.

Su articulado se divide en seis capítulos, según el siguiente sumario:

Cap. I.— Disposiciones Generales

Cap. II.— Principios rectores

15. MIRET MAGDALENA, E. «La defensa del Menor» boletín de Información del Ministerio de Justicia, n.º 1.352, Julio 1984.

- Cap. III.— Del Consejo Asesor y Coordinador
 - Cap. IV.— Del Tratamiento de la Delincuencia infantil y juvenil
 - Cap. V.— De la prevención de la delincuencia infantil y juvenil
 - Cap. VI.— De la tutela de menores por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad o de la guardia y custodia
-

Y ahora, vamos a examinar, por separado, el contenido de cada uno de estos capítulos.

Capítulo I

El Capítulo I del Anteproyecto contiene disposiciones de carácter general. Hay cuatro normas, de este carácter, dignas de ser destacadas.

La primera de ellas se contrae a la definición de la protección de menores, en los términos de la Ley y, en concordancia con su acepción estricta y de naturaleza jurídica, a que antes hemos aludido, se concreta al tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil, a la prevención de esta delincuencia y a la tutela de los menores víctimas del proceder de padres y guardadores, con lo que queda también delimitado el ámbito funcional de la propia Ley.

La segunda norma de orden general establece un ámbito de aplicación personal y territorial. Este último, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25.1 del Estatuto de Autonomía, no puede ni debe ser otro que el territorio de Cataluña. En cuanto al primero, la Ley se aplicará a todos los menores de ambos sexos que tengan su domicilio en Cataluña o se hallen en ella accidentalmente.

Otra norma crea un Registro de Entidades y establece la obligatoriedad de inscripción en el mismo de todas las que se dediquen a la protección y tutela de menores, para el ejercicio el necesario control.

La última norma de las que venimos considerando, detalla las funciones de la Consejería de Justicia en orden a la protección de menores, que podríamos resumir en los siguientes términos:

- A) Colaboración con la Autoridad Judicial de Menores en dos vertientes: facilitando información y diagnóstico sobre los menores sujetos a la aplicación de una medida; y llevando a cabo su ejecución, aplicando el tratamiento indicado.
- B) La acción preventiva de la delincuencia.
- C) La organización y control de Centros y demás Servicios.
- D) La coordinación con los demás Entes Públicos.
- E) La formación del personal especializado y la investigación.

Capítulo II

Este Capítulo se contrae a los principios rectores de la Ley.

En concordancia con la «ratio legis» a que nos hemos referido anteriormente, —el bien del menor— estos principios rectores consagran las garantías individuales del niño, hasta ahora prácticamente desconocidas en la legislación vigente.

En la actualidad, la Ley contempla al menor necesitado de protección como el objeto de la acción tutelar y, como tal objeto, carente de toda clase de derechos. Se le separa de su familia, se le interna, se le somete a tratamiento aislado, prescindiendo de los aspectos familiares y sociales, todo ello para su propio bien, pero sin contar con él.

Nuestro anteproyecto adopta un enfoque diametralmente opuesto. El menor sigue siendo el eje del problema, pero no es contemplado como un mero objeto, sino como sujeto de derechos y precisamente como sujeto activo de su propio proceso de protección.

En concreto, las más importantes garantías que se reconocen al menor, siempre que no exista prohibición expresa del Tribunal Tutelar para ello, son las siguientes:

Asistencia a la escuela y prestación de todos los demás servicios públicos; información sobre su situación al propio menor y a su representante legal; comunicación con sus padres, guardadores y Abogados; respeto a su libertad de conciencia.

Se previene, además, que serán de obligada observancia los principios contenidos en la Resolución del Parlamento de Cataluña de 10 de Diciembre de 1981, sobre los derechos de la Infancia, que a su vez se inspira en la declaración de las Naciones Unidas sobre el mismo tema.

Capítulo III

Está dedicado a la creación y regulación de un Consejo Asesor y Coordinador, en aplicación de la Declaración 10.^a de la expresada Resolución del Parlamento Catalán, que señala la necesidad de coordinar las actividades de todos los Entes públicos que intervienen en la protección social de la Infancia.

Pero, además, la experiencia, nuestra experiencia, fruto de tres años en el ejercicio de las competencias correspondientes, nos permite ver muy clara la imperiosa necesidad de esta coordinación, que ya viene dándose en la práctica, con más o menos intensidad, y que constituye una realidad que debe ser recogida y encauzada por la Ley.

En dicho Consejo se integrarán, por tanto, además, de la Consejería de Justicia, otros Departamentos u organismos de la Generalidad con actividades relacionadas con la problemática de los menores (Sanidad, Servicios Sociales, Enseñanza, Cultura, Trabajo, Juventud, Deporte) las Diputaciones, la representación de los Ayuntamientos y los propios Tribunales de Menores, si lo desean.

A este Consejo, cuya definitiva estructuración se efectuará por vía de reglamento, se encomiendan funciones de coordinación, asesoramiento y control.

Capítulo IV

Este Capítulo está dedicado al tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil.

La Generalidad de Cataluña puede legislar sobre esta materia, por cuanto el tratamiento constituye la fase de ejecución de las medidas dictadas por los Tribunales Tutelares de Menores, que no han de ejecutar por sí mismos.

Esta facultad, y por tanto la de legislar al respecto, se halla comprendida en el amplio concepto de las competencias exclusivas que corresponden a la Generalidad de Cataluña en materia de Instituciones de protección y tutela de menores, que abarcan toda actividad y responsabilidad que no le esté expresamente vedada, cual la función jurisdiccional.

Nos parece, además, muy claro, que el término «instituciones», empleado en el texto estatutario, no debe asimilarse o reducirse al de «Centros» o «Establecimientos», sino que comprende toda actividad o servicio encaminado a dicha protección y tutela, y, por ende, el tratamiento de la delincuencia, o sea la ejecución de las medidas judiciales, con sujeción, naturalmente, a los propios términos de la decisión.

Además, la conexión que establecen los art. 122 a 133 del Reglamento del texto refundido de 11 de junio de 1948 entre los Tribunales Tutelares y el Consejo Superior de Protección de Menores, debe entenderse referida, en Cataluña, en sustitución de este Consejo, al Departamento de Justicia, en méritos de la asunción de las correspondientes competencias y consiguiente traspaso de establecimientos y servicios.

Por consiguiente, sostenemos que constitucional, estatutaria y legalmente corresponde a la Generalidad la ejecución de las decisiones judiciales de los Tribunales Tutelares de Menores.

Los preceptos de este «Capítulo IV» que estamos examinando y que constituyen sin duda el cuerpo central de todo el texto, regulan por primera vez en nuestra historia legislativa lo que se entiende por tratamiento, sus métodos y sus fines.

Las notas más destacadas de esta normativa son:

- A) La distinción entre tratamiento institucional y no institucional.
- B) La regulación de la figura del Delegado de Asistencia al Menor.
- C) La obligatoriedad de la previa aprobación de un Reglamento interno de todos los Centros y Servicios para su funcionamiento.
- D) La clasificación, condiciones mínimas y demás exigencias sobre el funcionamiento de tales Centros y Servicios.

Capítulo V

Contiene las normas relativas a la prevención de la delincuencia infantil y juvenil. La prevención ha sido considerada y definida por la doctrina y las legislaciones de muy distintos modos y con diferentes acepciones.

En un sentido muy genérico, se entiende en este concepto cualquier norma, medida o actividad tendente a destruir los factores etiológicos de la delincuencia. En este amplio sentido, podría aceptarse, por ejemplo, como provisto de tal carácter, el curioso artículo 10.º del Código de Circulación Belga que declara falta el hecho de dejar un vehículo automotor sin tomar las precauciones para evitar su uso indebido, como medio disuasivo de la comisión de este delito.

El Profesor Antonio Beristain distingue entre la prevención primaria, que se dirige a todos en general o sea que tiene carácter comunitario, y la preven-

ción secundaria y terciaria que se encaminan a personas concretas, aquélla a las que todavía no han cometido ningún delito, y esta última a los ya delincuentes, para evitar que reincidan¹⁶.

Pues bien, de acuerdo con esta terminología, la prevención que recoge nuestro Anteproyecto es la secundaria, según resulta de la definición que se contiene en el propio texto: «En los términos de la presente Ley, la prevención significa la intervención individualizada con el adecuado tratamiento en aquellos menores que presentan una conducta disocial, que haga prever un elevado riesgo de comisión de infracciones penales».

Así, dejando para los Servicios Sociales y otros estamentos y Organismos la prevención comunitaria, el texto establece una serie de medidas preventivas aplicables que van desde la asistencia a determinados Centros abiertos, al apoyo de los Delegados de Asistencia al Menor, la ayuda económica o profesional y la atención socio-terapéutica o educativa.

Para evitar todo posible vicio de inconstitucionalidad, ilegalidad o incompetencia en la adopción de estas medidas, se previene con carácter general, que no podrán aplicarse sino es con el consentimiento, del representante legal del menor y la participación de éste.

Esto puede aparecer como una gran limitación. Creemos, sin embargo, que las medidas preventivas individualizadas, difícilmente obtienen éxito, si no cuentan, no ya con el apoyo del padre o guardador, sino con la aceptación del propio menor, de tal suerte que la precaución adoptada para evitar aquellos posibles vicios, coincida con las exigencias que condicionan el feliz resultado de la acción preventiva.

Capítulo VI

Se refiere a la tutela de menores por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia y que se define como la atención a los menores víctimas de tales situaciones, cuando la Autoridad Judicial acuerda intervenir en el ejercicio de su facultad protectora.

Con referencia a las competencias autonómicas en orden a asumir la ejecución de tales medidas, y, por ende, a su capacidad legislativa al respecto, nos remitimos a lo expuesto, dada su similitud, en relación con el tratamiento de la delincuencia.

El texto se refiere a la ejecución de las distintas clases de medidas, atribuyendo un papel destacado, también en este campo, a los Delegados de Asistencia al Menor.

DISPOSICIONES FINALES

La primera deja sin efecto, en Cataluña, el texto refundido de Protección de Menores de 2 de Julio de 1948 y la Ley del Patronato de la Mujer de 20 de Diciembre de 1952.

16. BERISTÁIN, A. *Delincuencia Juvenil en España*, en 26 Curso Internacional de Criminología Pau-Bayona, San Sebastián, 1976.

La segunda faculta al Gobierno de la Generalidad para dictar normas para la ejecución, desenvolvimiento y aplicación de la Ley.

Esperamos que dentro de un próximo futuro este Anteproyecto, con las enmiendas y mejoras que puedan introducirle el Gobierno y el Parlamento de Cataluña, llegará a ser Ley. Creemos que con ella, y pese a las obligadas limitaciones impuestas por la exigüedad de nuestro régimen autonómico, habremos ido tanto o más lejos de lo posible. Tal como debe ser, porque la Justicia siempre ha de apuntar más alto de lo que puede alcanzar.

URREN-ARTE ETA ESKARRIKASKO