

¿Niños peligrosos o niños en peligro?

Dedicatoria

A TODOS LOS NIÑ@S DE LA CALLE

**De aquí no se va nadie
Mientras esta cabeza rota
Del niño de Vallecas exista.**

**De aquí no se va nadie. NADIE.
Ni el místico ni el suicida.**

**Antes hay que resolver este entuerto.
Antes hay que resolver este enigma.**

**Y hay que resolverlo entre todos.
Y hay que resolverlo sin cobardía.
Sin huir
Con unas alas de percalina
O haciendo un agujero en la tarima.**

**De aquí no se va nadie. NADIE.
Ni el místico ni el suicida,
Y es inútil,
Inútil toda huida
(ni por abajo
ni por arriba).**

**LEÓN FELIPE
Versos y oraciones de caminante**

PREÁMBULO



La situación de las personas menores (niños y niñas, chavales...) y las consiguientes políticas de actuación se han convertido en centros de un gran debate social.

Por desgracia, el debate está atravesando por numerosas confusiones, pasiones desatadas, hipocresías, demagogia y populismo electoral o simplemente impotencia. Pocas veces este debate es suficientemente sereno como para aproximarse a la situación de los chicos o chicas, de niños y niñas o de los mismos bebés, desde la óptica del respeto de los derechos humanos y de las diferentes tensiones a veces conflictivas que ello implica.

Y es que pocas cuestiones reflejan de forma más clara la sociedad en que vivimos. ¿Cómo resolver satisfactoriamente los conflictos que afectan a los menores? Probablemente habrá que volver la sociedad del revés como un calcetín, porque lo primero de lo que hay que proteger a los menores es del propio sistema, de la propia sociedad. ¿Qué valores va a transmitir a niños y niñas una sociedad con tan poca consistencia moral, tan hipócrita y consumista, donde el primer valor es el lucro y el beneficio y donde la injusticia y la desigualdad están plenamente asumidas y justificadas?

Se trata además de una sociedad profundamente violenta. Una violencia que nace de un sistema y de unos valores donde las personas y sus necesidades, incluyendo las de los menores, no tienen cabida, quedan olvidadas y relegadas a un segundo plano.

Valores de dominio, de poder, de éxito, de individualismo, de sálvese quien pueda, de machismo... ¿cómo proteger a los menores de la propia violencia de la sociedad?

Casi dos millones de mujeres son maltratadas por sus compañeros. Y eso quiere decir que como mínimo esa misma cantidad de niños y niñas viven en ese ambiente de maltrato o son maltratados. El 33 % de los hijos de las mujeres maltratadas son ellos mismos maltratados físicamente. Y el 70% sufren grave maltrato psicológico. El 1% abusos sexuales. El 90% de los niños violentos y agresores, han sufrido a su vez la violencia e incluso los abusos sexuales.

Sin abordar todos estos temas, sin afrontarlos de cara, sin tapujos...¿Cómo vamos a proteger a nuestros menores?

El sistema de protección del menor hace aguas por todos lados.

Por la falta de medios o de recursos presupuestarios, por el burocratismo y la rutina, por la actitud de ceder ante presiones electoralmente rentables, o por la colaboración siniestra de no pocas asociaciones...

Después por la propia hipocresía, que se escandaliza ante los graves casos, que se moviliza a base de campañas demagógicas, pero que, en el día a día, maltrata a los niños, los margina, le quita los espacios o los encierra entre las cuatro paredes de la casa frente a la televisión... Y mira hacia otro lado ante todas esas realidades cotidianas.

Un sistema que según las estadísticas sólo detecta la desprotección de niños/as en los ambientes depauperados, lo que da a entender que los pobres se portan mal con sus hijos, mientras que los no pobres cuidan bien de sus descendientes. Sin embargo, la realidad nos dice que el maltrato, las violaciones, abusos... se dan en todos los sectores de la sociedad. Luego, ¿cómo la administración es incapaz de detectar todo el maltrato, abandono infantil,



que se da en la sociedad en general? ¿O es que sólo están desarrollando mecanismos para protegernos de la pobreza en vez de atajarla? ¿Si atajásemos la pobreza acaso se mantendría en pie este sistema de protección?

A este tema está dedicado este documento.

Porque la situación de los menores en esta sociedad admite muchas ópticas de aproximación. Todas útiles e imprescindibles.

Nuestra Asociación , la APDH-A, se ha acercado al tema de los menores de la mano de los niños de las chabolas, de los que entran en prisión aunque no sepan ni leer ni escribir, de las madres a las que les han arrebatado sus hijos porque son pobres, de los chicos y chicas de los barrios, de los menores inmigrantes...

En suma, la APDH-A nos hemos acercado a la problemática de los menores de la mano de la pobreza, de la marginación y la exclusión social. Por eso este primer documento sobre menores que elaboramos es ante todo el reflejo de ese acercamiento, de esa vivencia cotidiana. Quiere ser un homenaje a esos menores ya a sus familias. Y un llamamiento a la rebeldía y a la acción contra una de las injusticias más flagrantes y una de las violaciones de los derechos humanos más crueles.

Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía

- Diciembre 2001-



Capítulo Primero: LO PRIMERO: CONOCER LA REALIDAD.

A quienes vivimos el mundo de la infancia y la adolescencia, especialmente de los/as chavales/as que padecen la exclusión social, nos preocupa cada vez más el desconocimiento que existe sobre la realidad en la que viven.

Este desconocimiento de la realidad hace que lo político y lo jurídico nos inquiete cada vez más por las actuaciones, medidas, normas, decretos, leyes que generan más problemas que soluciones a la injusticia social que sufren los niños, sobre todo los que pertenecen a las capas sociales más desfavorecidas. Tampoco nos deja de preocupar el tejido social, cada vez más acrítico con la administración y más subvencionado por parte de ella, que está más preocupado por la inseguridad ciudadana que por las causas que la provocan, lo que hace que demanden más medidas policiales que sociales.

Por ello vemos conveniente al comienzo de este documento acercarnos, aunque sea básicamente, a la realidad de los niños y adolescentes de los barrios que más están castigados por la lacra de la injusticia social.

I.- LA CRIANZA COMO FACTOR DETERMINANTE

Las personas “bien criadas” son aquellas que han saboreado “la leche de la humana ternura”, según la hermosa expresión de Shakespeare. Nacemos con los genes humanos pero tenemos que llegar a ser personas. Nuestra herencia biológica necesita una confirmación posterior, algo así como un segundo nacimiento en el que por medio del esfuerzo personal y de la relación con otras personas se confirme definitivamente la expresión de nuestra herencia biológica, como muy bien plantea en su libro “El valor de educar” Fernando Savater. O lo que es lo mismo, pero con otras palabras, el ser humano necesita el cultivo personal para hacerse, lo que quiere decir que dependiendo de la realidad social en la que crezca así será (se configurará).

No está de más que recordemos la fórmula de la genética:

FENOTIPO (Expresión genética: la persona)	=	GENOTIPO (Todos nuestros genes)	+	ACCIÓN AMBIENTAL (Medio social: familia, barrio, escuela...)
---	---	------------------------------------	---	--

A esta acción ambiental (medio social), en la que se desarrolla el ser humano, es a la que Shakespeare le llama “la leche de la humana ternura”, en el caso de desarrollarse en un ambiente óptimo, socialmente hablando. De lo contrario, hablaríamos de “la mala leche” que contamina a la predisposición de la humana ternura, convirtiéndonos en seres agresivos y violentos con nuestros propios semejantes y con nosotros mismos. Podríamos recordar una frase muy afortunada de Eduardo Galeano cuando dice “este sistema (el que da “la mala leche”) no da de amar, condenando a muchos al hambre de abrazos”. ¿Cómo una criatura humana que no ha tomado la leche de la humana ternura o el alimento del abrazo va a llegar a un óptimo desarrollo psico-social?



Todo lo planteado nos viene a decir que la crianza es anterior a la educación, como afirma con acierto Enrique Martínez Reguera. Cuando nace un ser humano recibe de su madre, padre, familia, entorno, las primeras atenciones, que van a marcar decisivamente el interior de la persona que luego llegue a ser. Una buena crianza es lo que de verdad nos dispone para la vida, lo que habilita para que después se puedan elegir las propias metas, trazar el recorrido más conveniente y hacer uso de los datos e instrumentos disponibles. La buena crianza apunta al crecimiento, sociabilidad, desarrollo y madurez, que son condiciones de valor universal.

Las criaturas que no han tenido el caldo de cultivo apropiado son las que han sufrido una mala crianza, de lo que hay que responsabilizar principalmente a un sistema injusto que crea una sociedad injusta y desigual; una sociedad que desarrolla una ley penal del menor, unos juzgados penales de menores, unas cárceles para niños..., para que los “mal criados” se enderecen, se reeduchen, se reinserten: los excluidos, marginados, abandonados, pobres, violentos, maleducados, delincuentes...

Como es fácil comprender, un sistema que condena, que malcría, difícilmente podrá salvar. Pero, aún es más grave, cuando el sistema alcanza el cinismo de hacer responsables a los mismos que padecen esta dura realidad, cuando lo único que se podría afirmar es que han sido educados en la violencia, marginalidad, consumismo. El niño o adolescente es el destinatario de una mala crianza, es la víctima de una educación perversa (en antivalores). No hay razón, por lo tanto, de hacerlo responsable o culpable de su mala crianza, educación, de la “mala leche” que le han hecho “mamar”.

El error más burdo es culpabilizar a las víctimas, hacer responsables a los niños y adolescentes de sus propias carencias. No podemos exigir capacidad ética sino hay satisfacción de las necesidades. Habría que acudir, entre otros, a Maslow para hacer patente que sólo cuando están cubiertas las necesidades básicas fisiológicas de seguridad, afecto, pertenencia y reconocimiento, el sujeto está en condiciones de ser motivado para una norma ajena a él.

Cuando la persona ha crecido en un contexto en el que no le han faltado la seguridad y el límite como aportes básicos sobre los que construir conciencia de la realidad y, por tanto, el referente ético puede colmar las aspiraciones éticas. Esto es, no hay responsabilidad, mientras no haya una crianza adecuada a las necesidades del niño.

No olvidemos que la psicología evolutiva desde Piaget a Kohlberg, nos revela la paulatina evolución de la conciencia moral en el niño, la cual es fruto de una continua interacción con el medio y el tipo de educación que recibe.

Precisamente los que cuentan con recursos y tienen capacidad de usarlos y dirigirlos, siempre han procurado la mejor crianza para sus retoños. Lástima que no se ponga el mismo empeño en procurar para los demás las condiciones que hagan posible esos mismos cuidados, que son la mejor garantía para la igualdad de oportunidades. Pero no sólo eso, sino que además estos grupos privilegiados que son los que dirigen las instituciones, se arrogan el derecho de organizar la vida de la gente más sencilla y carencial, de cuyas dificultades lo ignoran casi todo, pero marcándoles puntillosas pautas de conducta, sin la más mínima intención de compartir con ellos el propio entorno de bienestar y recursos. Resulta, cuanto menos sorprendente y sospechoso, cínico. Todo lo enmascaran bajo el lema “por el bien del



menor¹” que en repetidas ocasiones se puede traducir “por el bien de las instituciones”. Y sin olvidar que en estas familias de “bien” también se dan casos de malos tratos, desprotección...; habría que preguntarse qué pasa con el seguimiento de estos menores.

Qué importante es acertar a conjugar los deseos, costumbres e intereses del que ofrece y el que demanda, procurando encuentros muy personales y mutuamente personalizadores que ayuden a desarrollar las mejores cualidades de cada cual, suscitando autoestima en común, como eje vertebrador de la sociedad. Lo contrario será fomentar la animadversión y el rechazo del excluido y marginado social.

II.- EL MEDIO SOCIAL: LA CUNA DE LA CRIANZA

La actual política económica y social está provocando que hablemos de una sociedad dual andaluza. En nuestra tierra, Andalucía, este hecho se confirma con rotundidad: la sociedad del Estado del Bienestar y la sociedad que vive en la pobreza y en la exclusión social.

Precisamente el último informe FOESSA revela más de dos millones de personas pobres en Andalucía (30'2 %). Este dato contrasta con el informe de la Consejería de Asuntos Sociales que sitúa este porcentaje en el 19% de la población. Lo que no cabe duda, entre el dato más optimista y el más pesimista, es que alrededor de 700.000 andaluces viven en la precariedad y en la exclusión social (personas ancianas y enfermas, excluidos físicos y psíquicos, colectivos de personas marginadas...). En este sector de la población se alcanza un paro entre el 70-80 %, el 15% de las familias viven en infravivienda, el 75% de los cabezas de familia pobres son analfabetos...

Este rostro de la realidad es el que configura los barrios marginados de nuestras ciudades: barrios formados por viviendas, en muchos casos deterioradas, en las que el hacinamiento y las insuficiencias en infraestructuras son el denominador común. La situación se complica cuando las parejas jóvenes deciden independizarse, teniendo que fabricar chabolas en lugares abandonados tanto de los alrededores como del interior de las ciudades.

Barrios en los que el sistema educativo choca frontalmente. Un sistema que no ofrece alternativas reales a la mayoría de los jóvenes de los barrios. Sin embargo, ellos quieren aprender, aunque de otra manera. No olvidemos que son inteligentes, que piensan y opinan, que quieren una formación laboral que les dé expectativas de futuro².

¹ Concepto de Menor:

- El artículo 12 de la Constitución sitúa en los 18 años la mayoría de edad. Ello significa considerar a quienes no hayan alcanzado esa edad como personas no suficientemente formadas, desarrolladas, maduras, como para crearlas capaces de asumir sus responsabilidades y, por tanto, para valerse por sí mismas.
- El catedrático de Sociología Javier Elzo, considera preadolescente al niño que tiene ente 12 y 14 años, adolescente al que tiene entre 14 y 17 años; juventud a partir de los 18 años.
- Algunas legislaciones distinguen entre niños, hasta los 13 años, y adolescentes hasta los 18 años.

² Ver documento: “¿Violencia en las aulas? Atención a la diversidad”. APDH-A, Delegación de Córdoba.



Barrios que sufren la lacra del paro: malviven de la rifa, la chapuza, la chatarra, la venta ambulante... no es raro el día que la policía les retira la mercancía por falta de licencia municipal. En algunos casos la venta de droga, como economía sumergida, es una forma de “buscarse la vida”, que está generando más problemas personales y sociales que ventajas económicas pueda satisfacer. De todas formas no olvidemos que el problema de la droga es el narcotráfico, no el que consume, ni el que vende en estos barrios, ellos son las víctimas de este entramado criminal y mercantilista.

Barrios que sufren la actual política sobre drogas, que está conduciendo a un deterioro cada vez mayor de estas zonas. Provocando las muertes de muchas personas jóvenes por el uso-abuso de las mismas o por enfermedades infecciosas derivadas de ciertos hábitos de consumo (SIDA, hepatitis, tuberculosis...) ³.

Barrios que llenan las cárceles de nuestra geografía. La mayoría de las personas están presas por delitos relacionados con la droga. La situación se complica cuando encarcelan a una madre de familia que es viuda o tiene su pareja también en la cárcel. ¿En qué situación quedan sus hijos?

Barrios en definitiva, con familias en paro y falta de recursos económicos, que son los desencadenantes de otros problemas como riñas, violencia, alcoholismo... en consecuencia, de un gran deterioro en las relaciones personales y familiares. Tensiones que, incluso, pueden llegar a fuertes enfrentamientos entre vecinos (guerra ente pobres).

Dentro de esta situación de precariedad, las familias giran fundamentalmente alrededor de la figura de la madre, mientras la del padre se difumina. La precaria situación material de las familias dificulta la educación de los niños, lo que permite que los chavales permanezcan en la calle “buscándose la vida”. Adoptando, en algunos casos, ciertas formas sociales poco convencionales (grupalidad agresiva, consumo de drogas, abandono personal, etc.), y, a veces, utilizan medios que se consideran ilícitos para conseguir aquellas metas.

El principio vital es el de la supervivencia, “el buscarse la vida”, ya que no perciben horizontes de cambio.

A todas estas dificultades que tienen que vencer diariamente para subsistir muchas familias empobrecidas se les añade la del miedo y pánico a que la policía les quite sus hijos. Las diversas formas de “buscarse la vida” (recogida de chatarra o cartones, venta ambulante...) hace que siempre que puedan lleven consigo a sus hijos; incluso ellos mismos les echarán una mano a sus padres para poder vivir en el día a día.

Otras causas como la muerte prematura de los padres, el encarcelamiento de los padres o familiares responsables, la mendicidad como respuesta imperiosa a una pobreza extrema, la falta de una protección adecuada por enfermedad relacionadas con el consumo de tóxicos... serán los motivos para que caigan sobre las familias empobrecidas la acusación unánime de la sociedad y de todos los poderes de abandono de los hijos. Precisamente estudios realizados por la CEDEM (Coordinadora de Entidades en Defensa del Menor) nos indican que la

³ Ver documento: “¿Drogas hoy? Una apuesta por la legalización”. APDH-A, Delegación de Córdoba.



mayoría de los niños tutelados por la Junta de Andalucía proceden de ambientes familiares caracterizados por la drogodependencia de los padres y su consiguiente abandono.

Nuestra experiencia, como APDH-A, nos dice que la retirada de hijos a las familias por AA.SS. se produce exclusivamente en los pobres y excluidos. A una familia empobrecida y con problemas de todo tipo le llaman desestructurada y multiproblemática, y al hecho de no poder atender a sus hijos como lo hacen las familias normalizadas se le llama desamparo.

La administración (AA.SS. y Justicia) goza de todas las ventajas para actuar con impunidad y prepotencia ya que los afectados no saben si tienen medios para defenderse. El problema de ello está fundamentalmente en que la administración no piensa las causas que motivan la situación de estos niños. Generalmente criminaliza a las familias de los niños, haciéndolas culpables de su situación.

El conocimiento directo de la realidad pondría en evidencia en muchos casos que quienes están necesitados de amparo y protección, además de los niños, son sus familias. Pero es más fácil quitarles a sus hijos, en determinados casos, y recluirllos en centros de acogida.

Una vez que les son retirados los niños, se pone en marcha la poderosa maquinaria de la Administración. La vida de estas familias se convierte en un calvario y en un continuo y vano peregrinar por los despachos de Servicios Sociales, Fiscalía, Juzgados... continuando aún más el destrozo social.

De todo lo anterior se deduce que las leyes que se pongan en marcha deberán tener en cuenta principalmente la realidad social y las características psico-biológicas del niño/a.



Capítulo Segundo: LEGISLACIÓN SOBRE NIÑOS INFRACTORES

Esta parte del documento está dedicada a los niños que infringen alguna de las normas contenidas en el Código Penal (lo que conocemos como menores infractores).

Entre los modelos en pugna (PROTECCIONISMO-GARANTISMO) hacemos una opción por la síntesis: PROTECCIÓN GARANTISTA. Se trata de aunar lo mejor de los deberes que exige la protección con lo mejor de los irrenunciables derechos que asisten a los niños/as.

No es, naturalmente, que los niños no deban tener derechos. Es más importante insistir en los deberes que tienen los adultos para con la infancia como forma efectiva de asegurar que esos derechos no se queden en proclamas vacías de contenido. Tampoco se trata de negar garantías, pero sí de evitar que esas garantías se vuelvan en su contra.

En el fondo, los derechos de los niños, entendidos como pura formalidad (no declarar contra sí, libre correspondencia...) son una coartada para legitimar el incumplimiento de los deberes de los adultos.

El modelo de protección puro tiene el inconveniente del paternalismo y el hecho de que no exista control sobre los medios que aplican los padres o el estado (sustituto del padre o de la madre).

En el terreno de los niños infractores, éstos son vistos como seres responsables de sus acciones a los que aplicamos las mismas herramientas que han fracasado con los adultos: el Derecho Penal y la privación de libertad.

La imagen de los niños ha sido distorsionada por los adultos. El Informe de Cáritas Española (1989) “¿Tratamiento Penal para Menores?” ya nos exponía que el escenario había cambiado: “el niño no es visto ya como ser en peligro digno de protección, sino como ser peligroso frente al que los adultos deben protegerse”.

Hemos llegado al punto en que “es más fácil otorgar un derecho formal a un niño que protegerlo de la forma más eficaz: inyectándole seguridad, haciéndole aprender límites, cultivando su autoestima, fomentando su autonomía...”.

I.- RECORRIDO HISTÓRICO DE LA LEGISLACIÓN DE MENORES INFRACTORES:

1.- Ley de Tribunales Tutelares de Menores y Reglamento, de 1948.

- Modelo paternalista y sin garantías. Al juez no se le exige pertenencia a la carrera judicial.
- El tribunal es tutelar: atiende tanto a niños que delinquen (de reforma) como a los necesitados (de protección).



2.- 1985: La Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a que los jueces sean profesionales de la carrera judicial y a que al año siguiente (1986) entre en vigor una ley para menores infractores. La LOPJ crea ya los Juzgados de Menores (dentro de la estructura penal), que dejan de denominarse Tribunales Tutelares.

3.- Un ejemplo de la separación absoluta del mundo de las intenciones con la realidad lo encontramos en 1987, en la Resolución (87) 2º de 17 de septiembre, del Comité de Ministros de la Comunidad Europea, en la que se señala, textualmente: “los jóvenes son seres en evolución y, por consiguiente, todas las medidas adoptadas respecto a ellos deberían tener un carácter educativo”. Se recomienda la desjudicialización y que se eviten las consecuencias de ser absorbido por la justicia penal.

4.- La Ley 21/87 de Reforma del Código Civil. Se priva de competencias en materia de protección a los Juzgados de Menores. Las funciones de protección pasan a las CCAA con competencias transferidas. Se otorgan a la administración poderes, incluso, de ejercicio automático de la tutela administrativa, sin previa autorización judicial. ¿Dónde queda el necesario control previo judicial?

5.- La STC 36/91 declara inconstitucionales algunos preceptos de la Ley de 1948.

6.- L.O. 4/92: regula el procedimiento para enjuiciar a menores infractores de 12 a 16 años. Es el primer paso tímido hacia la criminalización de los niños. Quienes más criticaron la ley (entre los operadores jurídicos) fueron los fiscales: pasaban de ser los defensores del niño a identificarse con el papel de acusador e impulsor del procedimiento. A los menores de 12 años se les deja al arbitrio de la administración y sus instituciones de menores. Esta ley es una copia del Procedimiento Abreviado de lo criminal para adultos, cambiando el lenguaje penal por otro más suave, aunque con idénticos contenidos.

7.- En 1995 se aprueba el nuevo Código Penal, que establece la mayoría de edad penal a los 18 años.

8.- En 1996 se promulga la Ley de Protección Jurídica del Menor, a raíz de la que las CCAA van generando sus propias normas relativas al estatuto jurídico del menor.

9.- Enero de 2000, se aprueba la LO 5/2000, de Responsabilidad Jurídica del Menor (entró en vigor el 13 de enero de 2001).

Quienes han estudiado el itinerario seguido en toda la tramitación parlamentaria califica la LO 5/2000 como un extraño híbrido entre el enfoque penalista puro y el sancionador-educativo, aunque con clara victoria del elemento incriminador, criminalizador. Se trata de un Derecho Penal más suave que el de los adultos (aunque a veces más restrictivo), pero Derecho Penal a fin de cuentas.

- Se aplicará desde los 14 años.
- El máximo posible de internamiento para mayores de 16 años es de 5 años, con la posibilidad de 5 años más de libertad vigilada.
- La ejecución y supervisión de las medidas corresponde al Juez de Menores.



II.- RAZONES PARA RECHAZAR LA INCRIMINACIÓN DE LOS MENORES, LA POLÍTICA DE PENALIZACIÓN DE LOS NIÑOS

- A) Efectivamente hay que defender la existencia de derechos y garantías para los niños, pero no precisamente los del criminal adulto. Sería necesario un tipo de proceso que en verdad tuviese en cuenta las peculiaridades características de los niños a los que se dirige. Nada exige que las garantías tengan que ser las del sistema penal que “aun rodeado de límites, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política” (Ferrajoli). Una ley penal acaba cediendo a la finalidad de reprimir y controlar por encima de otras consideraciones. Debiera hacernos pensar muy seriamente que penalizar implica ahondar más la exclusión del niño infractor.
- B) Constituye un paso atrás en la minimización del Derecho Penal. Supone un empeño político por introducir a los más débiles (en este caso los niños) en la maquinaria de violencia institucional, en vez de buscar soluciones menos crueles, precisamente cuando a otros niveles se están buscando fórmulas mínimamente penalizadoras (ej. Profundizar en intervenciones preventivas, mediación, arbitraje social, etc.)
- C) También constituye un elemento irresponsabilizador del menor: en el sistema penal queda el castigo como administración de dolor pero sin efectos benéficos sobre quien padece el castigo.
- Desde el principio se le reconoce el derecho a mentir (a no declararse culpable)
 - El proceso es un puro teatro donde cada operador jurídico realiza su juego, como en el escenario penal de los mayores.
 - Deberíamos apostar por fomentar la capacidad de ir haciendo que el niño se haga cargo de las consecuencias de sus actos y vaya madurando.
- D) En definitiva: es un sistema que deja desprotegidos a quienes tendría que proteger, en la medida que la filosofía que yace es la del control social, la seguridad y el castigo. Desplaza la intervención madura de los adultos a un segundo plano, dejando la “solución” de conflictos en manos del Estado, de la Administración, a través de sus medios más crueles.



Capítulo Tercero

UN ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA LEY DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR (L.O. 1/96).

Nos vamos a referir fundamentalmente a las dos situaciones clave que regula esta ley: las de riesgo y desamparo, artículos 17 y 18.

Esta ley disocia a todos los niños que nacen entre nosotros en dos grandes grupos: los niños “de riesgo”⁴ que se encuentran en grupos peligrosos o en peligro y los demás niños y grupos sin riesgo.

Nos preocupa que esta Jurisdicción Especial se crease justo para actuar principalmente con los grupos de riesgo⁵. Para prevenir los riesgos sociales los poderes públicos deben garantizar los derechos que le asisten al niño y adolescente a través de una protección de las familias más excluidas, deterioradas, marginadas... ,en definitiva bastante desvertebradas, o lo que la Administración llama “grupos de riesgo”. Para ello la Administración deberá apoyar a estas familias⁶ porque así es como mejor se atiende a estos niños y adolescentes, para evitar que su situación se agrave, para no caer en la situación de desamparo que provocará, por parte de los organismos autónomos, la retirada de los hijos de las familias más empobrecidas, ingresándolos en centros o iniciando los trámites que concluyen en las adopciones.

Si la administración cumpliera con su obligación de desarrollar una política social que evitase la exclusión social ¿cuántos casos de desamparo se darían? Sin embargo, la falta de responsabilidad social de la Administración hace que bastantes niños por no ser atendidos adecuadamente por sus familias, dado el deterioro que sufren, sean declarados en desamparo asumiendo la tutela la entidad pública competente. Esta acción conlleva la retirada de hijos a las familias socialmente más desprotegidas, culpándolas de la desigualdad social de la que en realidad suelen ser víctimas.

Pasamos a analizar a partir de este momento el calvario familiar.

⁴ Los indicadores de riesgo más explícitos se refieren a los colectivos más desfavorecidos:

- Problemas económicos (precariedad, carencia de domicilio).
- Aislamiento social (inmigración falta de apoyos familiares y sociales).
- Dificultad social (prostitución, delincuencia, toxicomanía, mendicidad, privación de libertad).

⁵ El Juez de familia de Málaga, José Luis Utrera, nos plantea: “El sistema legal de protección del menor se mueve fundamentalmente en sectores muy desfavorecidos..., el 99% de las medidas de protección se hacen en un ámbito de marginalidad. Eso hay que tenerlo muy presente a la hora de reflexionar y determinar como debe ser la actuación administrativa y cómo debe ser la actuación judicial”.

⁶ El Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño indica: “El niño ... debe crecer en el seno de la familia”.
El artículo 9: los estados velarán “para que un niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”.



I.-EL PRESUNTO DESAMPARO.

Sabemos muy bien que existen casos de niños abandonados, maltratados, desprotegidos, casos ciertamente preocupantes contra los que habrá que tomar medidas sin tregua. Pero esto no nos debe llevar a la generalización de medidas que distorsionan el problema y que acaban criminalizando a las familias más empobrecidas.

Cuando se promulgó esta Ley, se olvidó la condición “grave” del supuesto desamparo y se comenzó a usar para todo. Las disposiciones políticas de aplicación inmediata fueron implantando lo del desamparo y la desprotección por simples “situaciones de riesgo” o incluso de “posible riesgo”. La mayoría de los expedientes de niños tutelados prueba documentalmente que el criterio aplicado ha sido esta interpretación más laxa, para facilitar cualquier tipo de intervención sobre los niños que pertenecen a los llamados “grupos de riesgo”. Las razones con las que se puede justificar la retirada de tutela pasan por: “la madre no colaboraba”, “no permitieron entrar en su casa”, “no se dejan ayudar”, “los servicios sociales comunitarios opinan ...”, “si no colaboran les quitamos los hijos”... Lo anterior lleva a diagnosticar que el niño sufre problemas emocionales, ambientales e hiper-actividad, para justificar la retirada del niño. La política que enmarca este tipo de intervención trata de ir recortando la capacidad de decisión de los padres sobre sus hijos.

Por otra parte, y muy curiosamente, el artículo 13 de esta ley protectora se refiere a la obligación ciudadana de intervención cuando se conoce la situación de riesgo, desamparo, desescolarización del menor, acudiendo ante las instancias de protección para denunciar la situación. Qué lástima que la ley no anime a la ciudadanía a ser solidarios y ayudar a estas familias y a sus hijos. Lo primero nos hace chivatos, lo segundo auténticos protectores de los derechos del niño.

De cualquier manera, las familias que no están en el cupo de los “grupos de riesgo” difícilmente se verán sometidas a estos procedimientos jurídicos-administrativos.

II- LA TUTELA AUTOMÁTICA ES EL NÚCLEO DE LA DESPROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN RIESGO.

Por ley se entrega a un ente meramente administrativo la facultad de expropiar los hijos ajenos⁷.

Es obvio que, en cualquier Estado de Derecho, cuando hay confrontación de intereses, máxime en un asunto tan delicado como son los propios hijos, debieran intervenir los jueces.

⁷ “Pocas intervenciones estatales en el ámbito privado tienen tanta intensidad y son a veces tan irrevocablemente como algunas medidas de protección de menores. Yo creo que ni las medidas más contundentes como puedan ser la privación de libertad o las penas que se imponen en procedimientos penales, llegan a tener tal rotundidad y a generar tal dolor en la persona que se ve afectada como alguna medida de protección, por ejemplo, cuando el menor es extraído definitivamente de su familia”. José Luis Utrera, juez de familia de Málaga. Intervención en las jornadas organizadas por la APDH-A “El sistema de protección infantil: análisis y alternativas”, Sevilla 18-19-20 de Mayo de 2001.



Sin embargo, según esta ley, una entidad administrativa, por su carácter supuestamente “tutelar”, puede ahorrarse la presunción de inocencia que exige la Constitución y quedarse con los niños. Sería lógico que la retirada de niños fuese precedida de denuncias previas en Juzgados de familia, bajo la responsabilidad del denunciante y con el derecho a la protección jurídica y las garantías que debe tener el denunciado.

De recurrirse, entonces sí, a posteriori, irá al juzgado de familia, pero sabemos que tratándose de población muy castigada por la injusticia social, no saben tener recursos ni culturales ni materiales para defenderse con la puntualidad y formalidad que se requiere. O sea, a priori se procede y castiga su “culpa” y sólo a posteriori se otorgan tres días para recurrir ante el juez.

De todas formas, incluso recurriendo, el daño irreversible ya está causado y puede ocurrir que la lentitud de la justicia provoque incluso conflictos entre las Administraciones, en estos casos entre el Poder Judicial y la Consejería. Ha habido jueces que han resuelto devolver a las familias la tutela a la guarda y custodia : caso de la niña de Benamaurel, (Granada), el caso de los niños de Dos Hermanas (Sevilla), el caso de los niños de las diez madres que se encerraron e hicieron una huelga de hambre en la APDH-A de Sevilla, para exigir que se cumpla lo que mandó el juez.

III.- EL MONOPOLIO TUTELAR. ESTA LEY INSTAURA UN MONOPOLIO A QUIEN OTORGA PODER ABSOLUTO SOBRE LOS NIÑOS “EN GRUPOS DE RIESGO”.

De tal manera que la solidaridad social hacia ellos dentro del tejido social, queda terminantemente prohibida (a no ser que sea para denunciar algún supuesto caso de desamparo o abandono). Sólo podrá colaborar el que se someta a convenios que dicta la Administración.

Los niños tutelados pasan a un régimen de residencia, en los que se observa una gran diferencia entre los centros públicos y los privados o concertados, en los que el niño atendido genera unos costes de personal diez veces menor a los de un centro de titularidad pública(7.132.000 pts/año por niño asistido en un centro público, frente a 690.750 pts/año por niño en un centro privado). Además, según el Defensor del Pueblo Andaluz, se ha detectado falta de presupuesto, mecanismos de seguimiento, sobrecarga de trabajo existente, excesivo empleo provisional (de las más de 1.200 personas encargadas de estos centros, el 42% ocupan su empleo de forma provisional).

Uno de los graves problemas que genera para el niño este tipo de centros⁸ es la despersonalización que sufren, lo que llamamos el síndrome de la “INSTITUCIONALIZACIÓN”. Con el peligro de que conforme se prolongue excesivamente la estancia en ellos los niños sufren tal deterioro psicológico que muchos de ellos terminan en centros de reforma, y el 80% de los que han pasado por estos últimos, acabarán en cárceles de adultos.

⁸ En algunos centros se ha detectado:

- Desnudos para explorar si tienen droga.
- Régimen de aislamiento. Meterlos en un cuarto sin poder salir durante varios días.
- Sistemas de privilegios: si se someten a la institución se les premia, si desobedecen se les castiga.
- Se suministran tranquilizantes.



- Malos tratos físicos.
- Denuncia a la policía, fiscalía, juzgado.

Auténtica cadena de desprotección, criminalización, penalización. Esta suma de fracasos administrativos se ve en el desarrollo de la política sobre menores que la Junta de Andalucía, por ley, se ve obligada a desarrollar. El Decreto 223/2001 así lo manifiesta creando la Dirección General de Reforma Juvenil, que ejecutará las medidas adoptadas por los órganos judiciales, en aplicación de la legislación sobre responsabilidad penal de los menores⁹.

IV.- LOS CONVENIOS.

Los convenios autorizan sólo a asociaciones que deberán asumir los dictámenes de la Administración: altas y bajas; seguimientos convenientes o no; intervenciones legales o no, como denuncias en comisaría por prófugos... El criterio institucional está siendo el de parcializar (sólo actúa con los niños de las clases sociales más desfavorecidas) y someten la realidad de estos niños a sus organigramas, que distan mucho de sus verdaderas necesidades, que pasan por el respeto a la intimidad de los niños y sus familias. Las instituciones de servicios sociales se están caracterizando por el objetivo prioritario del control social. Esta falta de visión de la realidad está haciendo más estragos que soluciones a estos colectivos ya de por sí desestructurados.

Las asociaciones que pactan convenios con la administración aceptan generalmente estos criterios que poco favorecen a los niños y adolescentes que están bajo el control de las instituciones públicas. Sin embargo la Administración aún dándose cuenta de este desajuste no cambia de política, no encaminando los esfuerzos hacia una concienciación y sensibilización de la propia sociedad, ciudadanos de a pie¹⁰, para que sean los verdaderos agentes vertebradores que regeneren la vida de estos niños y sus familias. Este sería el tejido social que podría responder a esta realidad; al margen de convenios, subvenciones, contratos... que están generando una economía alrededor de la pobreza, con apenas resultados para las personas que la padecen.

⁹ En particular, desarrollará funciones como organizar, dirigir y gestionar los centros y servicios que ejecutan las medidas judiciales, desarrollo de programas en relación con estos niños y adolescentes, gestionar los convenios o acuerdos de colaboración con otra entidad pública o privada, elaborar informes, propuestas y comparecencias ante el Ministerio Fiscal en relación con la situación penal de los niños y adolescentes.

¹⁰ Vulnerándose el derecho y el deber de socorro que asiste a cualquier ciudadano según el Derecho Civil.



Capítulo Cuarto **ALTERNATIVAS**

I.- MARCO SOCIAL

1.- Si los miles de millones que gastan las CC.AA. (Andalucía gastó en el año 2.000 la cantidad exorbitante de 10.600.000.000 en atención y protección al menor) en sus propias instituciones, en financiar ONGs de control y en perseguir a las familias, se dedicasen a ayudarles de verdad y en concienciar y sensibilizar a la sociedad para que sea ella quien las ayude, entonces si que empezariamos a hablar de estado Social y de Derecho. La atención a los pobres y marginados debe ocupar el primer lugar al establecer las prioridades de cualquier política social.

2.- La separación del niño de la familia biológica no se deberá producir sin haber agotado antes todos los intentos para hacer que permanezca en ella. Es muy necesario que se acentúen los esfuerzos y los medios para hacer que permanezca en ella. Es muy necesario que se acentúen los esfuerzos y los medios para trabajar en las familias e intentar arreglar las situaciones que motivan el desamparo del niño antes de retirarlo. El trabajo debe ir encaminado:

- a) En hacer todo lo posible para que los niños se queden con sus padres y hermanos.
- b) Si lo anterior no es posible, la siguiente meta sería que la tutela pasase a la denominada familia extensa (tíos o abuelos, generalmente). La J. A. no apura estas medidas y salta a medidas más drásticas, aunque detectamos casos en que se actúa debidamente. No olvidemos el principio básico: “Un niño necesita una familia”. Hay que crear, fomentar una red solidaria de familias de acogida. Hay que corresponsabilizar a la sociedad.
- c) En caso de que la Administración se haga cargo del niño, debería de buscar personas o familias solidarias dispuestas a acogerlos. Familias o personas que acojan solidariamente a los niños o adolescentes sin esperar llegar a adoptarlos y trabajen para hacer posible el regreso con la familia biológica: para ello es fundamental el compromiso de trabajo con la familia biológica. Nada debe impedir la actuación ciudadana atendiendo a estas familias y sus hijos, como se viene haciendo con una antigüedad que supera ampliamente a lo oficial. Donde hay un grupo social trabajando, hay un conocimiento de la realidad que no posee la entidad pública en todos los ámbitos de la vida de los miembros de una familia.

Hay que evitar que el niño ingrese en un Centro de Acogida. En el caso de que sucediese no debería de permanecer el menor tiempo posible, ya que el niño asume la eventualidad y la despersonalización inevitables en estos centros y puede sufrir mucho, padeciendo lo que llamamos “institucionalización”¹¹

¹¹ El niño crece en un ambiente en el que la afectividad y el calor familiar no son los principales caldos de cultivo para el desarrollo psico-social del niño. Por el contrario, las normas, la relación educador-educando, la conducta al arbitrio de bastantes educadores, cuidadores en muchos casos, la frialdad relacional, la desconfianza, los castigos reglamentarios...van a ser las medidas correctoras, que distan mucho de las que brotan de un ambiente familiar cálido.



d) Adopciones en los casos en los que no se pueda dar marcha atrás.

Pensamos que el criterio de la proporcionalidad, que está recogido en la Ley de Protección del menor y en la Ley Andaluza 1/98 es fundamental a la hora de aplicar las distintas medidas de protección. El escalonamiento de los distintos tipos de acogimiento debe ser una consideración fundamental. Si un acogimiento puede ser simple no tiene por qué ser permanente o preadoptivo. De todas formas, la preferencia de la familia biológica como lugar de desarrollo del niño o adolescente debe ser tenida en cuenta en primerísimo lugar, lo que exige poner todas las medidas sociales al alcance de la misma.

3.- La prevención es la mejor intervención. Hace falta la puesta en marcha de programas de prevención sobre los riesgos sociales de los niños en el ámbito familiar, educativo y social. Potenciando los ya existentes.

4.- Hace falta una intervención formativa y laboral que responda al perfil de estos chavales y sus familias. El caso de absentismo escolar muestra el fracaso del sistema en estos contextos sociales.

5.- Apostar por una escuela abierta, donde asociaciones, padres, educadores de calle... participen con los maestros en generar respuestas desde la propia realidad.

6.- Exigir activamente que los niños y las personas que estén implicados en su realidad participen y elaboren las alternativas más adecuadas para su protección.

7.- Con respecto al fenómeno de los menores inmigrantes, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor en su art. 10.3 reconoce a los menores extranjeros el derecho a la educación y, si están en situación de riesgo, tutela o guarda de la administración, derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos, facilitándoseles una documentación acreditativa de su situación.

Es preciso entender que mientras persista la actual normativa de extranjería, basada en el control policial y cierre de fronteras, es prácticamente imposible la búsqueda de alternativas de fondo para abordar este fenómeno. Baste señalar la práctica imposibilidad de acceder a la reagrupación familiar a miles de familias que terminan con los hijos en la calle y sin futuro. La búsqueda de soluciones pasa:

- a) Exigir la tutela y la documentación de los menores inmigrantes. No utilizando la medida de la expulsión (repatriación) en ningún caso.
- b) Llevar a cabo trabajos de sensibilización de la sociedad sobre la situación de los chavales inmigrantes desamparados.
- c) Junto a lo anterior es urgente fomentar una red de acogida familiar para estos niños, ya que los centros de acogida no están respondiendo satisfactoriamente a sus necesidades psico-afectivas y sociales. Corriendo el peligro de pasar de ser niños del llamado 3er Mundo a ser niños del llamado 4º Mundo, con todos los riesgos que ello conlleva. Las familias de acogida poseen un entorno afectivo y convivencial en el que el chaval puede desarrollarse adecuadamente.



- d) Crear centros de acogida que puedan dar respuestas adecuadas a las necesidades y expectativas de estos menores y les sitúen en las condiciones adecuadas para promover su inserción social y su inserción laboral a partir de los 16 años.
- e) Ya sea desde una familia o desde un centro favorecer el contacto con la familia de origen y, posteriormente, una reagrupación familiar.
- f) El proyecto educativo se tendría que orientar de manera que se vincule de forma clara con posibilidades concretas de inserción socio-laboral.
- g) Estudiar la posibilidad del acceso a la nacionalidad española de los menores que lo deseen, así como de los jóvenes que se han hecho mayores de edad sin haber sido tutelados ni documentados.

8.- Los medios de comunicación de comunicación social deben ser relatores de la realidad;

- a) Incidiendo en las causas socioeconómicas y políticas que provocan los padecimientos de estas familias.
- b) Contextualizando el conflicto que pueden padecer estas familias, en algunos casos muy desvertebradas.
- c) No perder el horizonte de la racionalidad, para no caer en falsos emotivismos, efectismos, miedos... que puedan provocar respuestas sociales fomentadoras de la exclusión, segregación y la estigmatización.

Todo lo anterior generaría actitudes solidarias y comprensivas por parte de la sociedad.

9.- El movimiento ciudadano en general debe reivindicar respuestas sociales a los problemas sociales. De esta manera ayudaría a regenerar el tejido social. Apoyando a los sectores más desprotegidos, en los que más padecen estas circunstancias los niños y adolescentes:

- a) Reivindicando políticas de empleo, vivienda..., a las Administraciones.
- b) Asumiendo responsabilidades como: mediador social, familia de acogida, padrinaje...
- c) Desarrollando todo tipo de medidas creativas que, junto a estas familias, puedan sacarlas de la exclusión, logrando la mejor protección para sus hijos/as.

II.- MARCO JURÍDICO

1.- Como regla: oposición a todo lo que signifique aplicar el Derecho Penal a los niños. No significa eludir la necesidad de ofrecer respuestas excepcionales para situaciones excepcionales.



- 2.- Entre tanto rige la actual legislación penal para menores: optar por cualquier medida alternativa a la privación de libertad en centros de internamiento cerrado. Opción que deberá poner el acento en lo educativo (individualización).
- 3.- Abolición de los centros de internamiento cerrados para niños, puesto que vienen a representar un paralelismo con las cárceles de mayores, con la gravedad añadida de que el desarrollo de aspectos trascendentales quedan al arbitrio de los parlamentos autonómicos (intervención de comunicaciones, cacheos con desnudo, registros en celdas, utilización de medios coercitivos...)
- 4.- Con perspectiva preventiva: promover, mediante el establecimiento de recursos sociales, educativos y económicos, la responsabilización del menor en su propio entorno. Debe instaurarse el principio de atención global a la familia.
- 5.- Hallándonos ante situaciones concretas de infracción: establecer un procedimiento judicial, de naturaleza no penal, donde se prioricen los criterios educativos responsabilizadores. Hacemos una opción por el mecanismo de la mediación penal con menores (desarrollado ampliamente en ANEXO al documento).
- 6.- Es necesario un auténtico Estatuto del Niño, de carácter general, que aglutine tanta legislación dispersa y acabe con la esquizofrenia de la protección y la reforma.
- 7.- Unificación de competencias del Juzgado de Familia y del Juzgado de Menores, con creación de una Jurisdicción Especial de Infancia y Familia.
- 8.- Cumplidos los pasos anteriores: derogación de la Ley Penal del Menor.



EPÍLOGO (A modo de conclusiones)

La puesta en valor de los derechos humanos: trabajo, vivienda, educación, salud... evitaría que la mayoría de las familias excluidas y marginadas padeciesen la situación de desvertebración personal y social que presentan, posibilitando que los miembros más frágiles de las mismas, l@s niñ@s tuvieran una crianza digna. De esto se deriva, que el primer objetivo de cualquier Administración (Estatad, Autonómica, Provincial o Local) debiera ser la protección a ultranza de estas familias, a través de los medios que garanticen la consecución de los derechos sociales para las mismas. Al mismo tiempo, se conseguirán la práctica desaparición de buena parte de las actuales instituciones que, aprovechándose de la situación, están generando más problemas que soluciones a estos niños y familias.

La sociedad debería comprometerse con estas familias y con sus hij@s, desarrollando una solidaridad responsable y afectiva que ayude a vertebrar a estas personas que sufren las más graves consecuencias de la injusticia social. Sociedad solidaria y responsable, nunca criminalizadora y enemiga, que debería ser apoyada y asistida por las distintas Administraciones con todos sus medios para dicho fin (legales, económicos, sociales...)

En el caso de que la persona haya llegado a una situación de degradación que no pueda asumir nuevos hábitos, costumbres, responsabilidades... la respuesta nunca debería ser la criminalizadora, sino la búsqueda de nuevas fórmulas creativas que sirvan para aliviar y comprender el problema. En cualquier caso, nunca deberíamos aceptar afirmaciones como “este caso es imposible”, “no podemos hacer nada”, “es un chaval irrecuperable”... Abatirnos ante la impotencia, “tirar la toalla”, es la peor desvertebración social en la que podemos caer, porque no olvidemos, que ell@s sólo son fruto de la mala crianza de una sociedad injusta a la que pertenecemos, y por tanto, somos corresponsables; tenemos que implicarnos y complicarnos.



ANEXO I

EXISTEN ALTERNATIVAS CONCRETAS : MEDIACIÓN PENAL CON MENORES

Ante las situaciones que nuestro sistema legal cataloga de ilícitos penales cometidos por menores (que en un elevado porcentaje no se producirían si fomentásemos una Política de Prevención seria) debemos señalar que tal y como se concibe el actual Derecho Penal de menores nos encontramos con que;

- Por un lado, el Estado, compelido por el principio de legalidad, intenta perseguir "todos" los delitos sin conseguir reprimir los más importantes, ya que el sistema atrapa como siempre, a los débiles, a los fracasados de un sistema educativo que no ha sido configurado para ellos.... (futuros clientes de la industria del control social) y no a los menores que gozan del respaldo de una familia fuerte y consolidada.
- Por otro, hay que considerar que la víctima no consigue que se castigue al victimario, ni que se le repare el daño que éste le causó,
- Y finalmente, los centros cerrados (cárceles) no reforman ni resocializan a nadie.

El Principio de Legalidad ha sido superado por el peso irreductible de la realidad, lo que hace necesario su revisión, y la inserción en sustitución de éste del principio de oportunidad. Así las cosas proponemos frente a una Ley Penal del Menor dura e insensible, la utilización de Medios Alternativos a la Resolución de Conflictos con los que se logra la identificación del motivo que produjo el conflicto.

La mediación como alternativa del juicio y de la pena es una forma de reducir la presencia del Derecho Penal en la sociedad, de mantener el conflicto dentro del poder de decisión de las partes, situación que permitiría a la víctima obtener una más pronta satisfacción moral y material para su pretensión y compromete al delincuente en la reparación de los daños. Porque...si el Derecho Penal busca la reparación ¿que reparación se obtiene hoy en día con las penas que se imponen?

Observamos con preocupación que lo legal puede ser intrínsecamente irregular o potencialmente dañoso; y que su aplicación resulta contraproducente para proteger a quienes debería proteger. Por ello es necesario realizar una profunda transformación en sistemas que no funcionan, que olvidan a los seres humanos a los que se aplican, y que no aportan soluciones verdaderas y duraderas. Es necesario que realicemos un salto de la lógica tradicional (la propia lógica de violencia que instaura el sistema de sanción penal: para tratar la transgresión se aplica dolor a los sujetos como si a partir de ahí surgiera la posibilidad de resocializarlo, corregir la conducta que produce trasgresión al orden instituido) a una lógica alternativa (teniendo en cuenta cuales son las causas reales de la comisión del delito y donde



los la problemática de los sujetos: víctima/ofensor/comunidad) tenga un lugar de inclusión real.)

Porque ...¿A quien le interesa saber que su agresor permanecerá un tiempo entre rejas si es perfectamente consciente que cuando cumpla con su pena, lo más factible es que entre a formar parte de un sistema en el cual constituyen excepciones aquellos que regresan del perverso universo carcelario resocializados y reformados por lo que ocasionará nuevas víctimas que sufrirán consecuentes daños, y más aún, si es un menor de edad?

De esta manera llegamos a tener dos víctimas; pues el que en un comienzo aparece como menor delincuente , luego es victimizado por el sistema punitivo estatal, cuando se apropia de su vida, con las consecuencias sobrevinientes de desintegración familiar, pérdida de vínculos y desamparo económico de su familia. A dos siglos de existencia del sistema carcelario éste ha demostrado que es muy poco lo que reeduca y readapta socialmente, términos que al decir de NEUMAN nadie sabe seriamente en que consisten.

La utilización de medidas alternativas como la Mediación, evitarían la pena de internamiento en Centros (cárceles de menores), las partes llegarían a entender ciertas cosas, y surgirían nuevos vínculos que fortalecerían el tejido social. La Mediación significa para la víctima ser rescatada del olvido; y para el victimario evitar su futura victimización.

En cuanto a como se puede llevar a cabo la mediación esta puede ser judicial, con un juez homologador acompañado de un equipo interdisciplinario o extrajudicial. Debería comenzarse con pequeños delitos y el principio de oportunidad colaborando con el de legalidad, ya que el Juez no se desentiende de la causa, y tomando como ejemplo tal vez los Centro de Ayuda a las Víctimas que se están poniendo en funcionamiento en nuestra Comunidad y que tienen sus referentes en otras, éste lo pasa a dicha oficina que funciona como centro de ayuda a las víctimas del delito / mediación penal, marchando ambas cosas juntas.

Pero, para ello, el aumento del gasto público en el área del control social deberá también cambiar de lógica, más dinero para cárceles se pide constantemente, despojando a organizaciones del tercer sector de posibilidades presupuestarias en el ámbito de políticas de prevención y mediación.

I.- LA NECESIDAD DE LA INSERCIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURADORA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE MENORES.

Cuando se pena a un menor se habla de "prevención" , "reinserción" y reeducación", pero la dura realidad habla de una multiplicación de conductas antisociales y delictivas. El efecto intimidatorio de la pena llama a reflexión, y es necesario preguntarse si no es un despliegue de autoritarismo de quienes son responsables de su aplicación. En el sistema de justicia penal, ya sea de mayores o menores, es insoslayable a esta altura de los tiempos la introducción de los principios restauradores. Justicia restauradora es un término que se usa para describir los enfoques que buscan resolver conflictos entre delincuentes y víctimas a través de la confrontación, mediación, conciliación y reparación. Las víctimas pueden ser no solo individuos aislados, sino también grupos o comunidades íntegras. La noción de responsabilidad es nuevamente central para la restauración.



Las víctimas deberán asumir parte de la responsabilidad para volver a integrar a los jóvenes que han delinquido, los que a su vez deberán enfrentar las consecuencias de sus acciones, viendo, poniendo en claro y comprendiendo el daño que han causado. Esto se puede lograr a través de la Mediación como procedimiento complementario a la pena, introduciendo una nueva penalidad : el orden de reparación. Esto requerirá que el joven infractor haga una reparación específica, ya sea a la víctima individual de su delito, donde la víctima desea esto por supuesto, o a la comunidad que ha dañado o perjudicado con su accionar. El orden de reparación podrá por ejemplo ser de tres meses como máximo; y solo será considerado con el completo consentimiento de la víctima. Los elementos de reparación y restauración también serán presentados al Tribunal, tales como órdenes de supervisión, al igual que medidas realizadas antes en el Tribunal.

La Mediación Penal con menores inicialmente se podría poner en marcha con los no reincidentes, en delitos menores, con el consentimiento de éste, su participación personal, la de sus padres, el ministerio público fiscal, la víctima, el mediador y los letrados de las partes; buscando siempre que exista inmediatez entre el hecho y el procedimiento.

En Países como CANADÁ, INGLATERRA, ESPAÑA, EE.UU. y NORUEGA, ya desde tiempo ha se han implementado diversos programas de mediación reparadora entre las partes con excelentes resultados. En NUEVA ZELANDA se originó la Conferencia del Grupo Familiar, donde ha sido utilizada para proporcionar a la población indígena maorí una forma culturalmente apta para resolver los conflictos. Ha sido parte del sistema de justicia juvenil por aproximadamente diez años, y se está ampliando rápidamente a otros países como AUSTRALIA, CANADA y EE.UU.. El objeto de esta conferencia del Grupo Familiar es para el delincuente, su familia y la víctima. Estos se juntarán y producirán un plan o contrato que reconocerá las necesidades de la víctima y asegurará que el delincuente se enfrente a las consecuencias de su conducta. En INGLATERRA y GALES, se intenta introducir Conferencias de Delincuentes Juveniles, para los delincuentes primarios y que se declaran culpables y son condenados. Por medio de estas conferencias se realizaría un contrato con el delincuente y sus padres, que duraría por el término de un año. El contrato tendría que estar relacionado con la resolución de las causas del delincuente del crimen que cometió y asegurar que el autor realizó o tomó alguna forma de reparación para con la víctima. Si el contrato se rompiera, el joven iría a la Corte Juvenil, donde allí sí sería sentenciado.

La Mediación hace que las partes asuman un rol protagonista, para que frente a frente en un medio muy diferente al del proceso puedan verbalizar su sufrimiento, su vivencia del daño y expresar sus sentimientos. Se escucha y se recibe, lo que no ocurre cuando la víctima denuncia. Si analizamos que espera ésta cuando efectúa su denuncia veremos que su reacción primaria no es buscar venganza, sino pedir ayuda, lo que casi nunca se logra. La actividad de las partes no cesa hasta la resolución del caso. El victimario asume su accionar al reconocer su participación, dejando de ser un fantasma para convertirse en un ser de carne y hueso, con cara y voz, que responde preguntas, lográndose así un contacto emocional entre ambos.

II.- LA MEDIACION, LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y UNA CONCEPCION INTEGRAL Y PERSONALIZADA DE LA NIÑEZ.

La mediación encuentra un sólido fundamento en los Arts. 12, 37 inc. b) y 40 de la citada Convención.



Art. 12

“ Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño

Con tal fin se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo el procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”

Art. 37 inc.

“Los estados partes velarán porque:

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente”.

Art. 40

“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en las que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”

La Mediación coincide en un todo con los postulados de la C.I.D.N.. Aún con la vigencia de ésta, la intervención del niño en los procesos judiciales cuyas decisiones repercutirán directamente en sus vidas, es nimia. En la Mediación por el papel relevante que incumbe a las partes esto se revierte lo que constituye un cambio de estructuras mentales, ya que la mediación sin este cambio es irrealizable. Es un tránsito obligado a una nueva manera de pensar y actuar en relación con las personas y el mundo exterior. Sin instituciones sólidas, con un norte claro, y continuidades impensable. Esto exige un gran cambio, ya que las estructuras institucionales suelen tener una visión congelada del derecho de menores, lo que



dificulta grandemente el pasaje hacia estas nuevas formas de actuar y entender este nuevo derecho de menores acorde con la C.I.D.N., del que mucho se declama, pero poco pasa al acto.

La Convención, verdadero Código del Menor suministra los suficientes anclajes para el despegue del nuevo derecho de menores y la mediación. La C.I.D.N. establece el derecho a ser oído y el interés superior del niño.

Siendo la Mediación un instituto que requiere de la intervención activa de las partes, puede ser un medio más que idóneo para colaborar en la anhelada concreción del "interés superior del niño". ERNESTO GRÜN¹² dice: "La solución del conflicto, en la mediación, nace de la confrontación y armonización de los valores y necesidades de los actores específicos, no de la imposición de los valores sustentados por el juez que, dada esta situación, cada vez menos puede ser el fiel reflejo de los valores de la sociedad.

La C.I.D.N. considera al niño como sujeto de derechos; y consagra en su art. 12 el derecho del niño a ser oído; otro factor favorable al establecimiento de la mediación, ya que el mediador escucha y es oído.

Esto no significa la exclusión de la facultad jurisdiccional, sino más bien su refuerzo, aportando más herramientas y medios para el mejor cumplimiento con lo establecido en la Convención, verdadero Tratado de Derechos Humanos, que erige en protagonista al niño.

El mediador significaría un valioso aporte frente a la incapacidad del sistema penal, y un medio eficaz para adentrarse en la investigación del origen de las conductas desviadas, a la par de lograr que los niños puedan tomar debida conciencia del impacto humano de su obrar al entrar en contacto con sus víctimas, y éstas lograr una reparación.

Tiene así también, una misión para nada desdeñable: la redefinición del interés superior del niño, haciéndolo en relación a los conceptos que tienen íntima relación con el menor; y satisface mejor el derecho a ser oído. Asimismo, la labor del Mediador se convierte en acompañamiento del a participación deseable y exigible del Asesor de Menores.

III.- EXPERIENCIA EN CATALUÑA EN MATERIA DE MEDIACION Y REPARACION EN EL AMBITO PENAL JUVENIL.

Finalmente, proponemos un modelo que, aunque como todo puede ser mejorable, en estos momentos puede servirnos de guía.. En CATALUÑA la Dirección General de Justicia Juvenil del Departamento de Justicia de la Generalitat comenzó a aplicar programas de mediación y reparación a partir de Mayo de 1990.

En su comienzo, a falta de normas legales reguladoras de esos programas, se partió de las normas internacionales (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores y las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre las reacciones sociales a la Delincuencia Juvenil). Se contó con la colaboración de los Jueces de Menores y la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948.

¹²Un enfoque sistémico- cibernético de la mediación", LA LEY, 1996



Los principios utilizados antes y ahora son la responsabilización, la intervención judicial mínima, la individualización de las intervenciones, y la diversificación de las diferentes intervenciones educativas ante los menores infractores.

Con la Ley Orgánica 4/92 que regula la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores se completó el marco legal. Esta norma tenía su ámbito de aplicación en los hechos considerados delito o falta en el Código Penal por mayores de 12 y menores de 16 años, tomando la reparación a la víctima en dos momentos:

a) Como **alternativa al proceso judicial** - Art. 2º - Regla 6:

" Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal , podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones"

b) Como **suspensión de la medida judicial impuesta** - Art. 2º, tres, 3º

"En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años , siempre que de común acuerdo, el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, acepten una propuesta extrajudicial. Para ello, oído el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el Abogado, el Juez deberá valorar razonadamente, desde la perspectiva exclusiva de interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta. Se deberá dejar constancia en acta de los términos de la reparación y del mecanismo de control de su cumplimiento. En el caso de que el menor los incumpla, se revocará la suspensión del fallo y se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez".

Esta última alternativa ha sido menos utilizada, ya que tanto desde la esfera judicial, como la de los profesionales encargados de los programas, consideran conveniente iniciarlo lo antes posible, agilizar la resolución del conflicto, evitar el proceso judicial, lo que se traduce en un mayor beneficio para las partes. El programa necesita del acuerdo entre el menor y la víctima.

Pero los menores que llegan a la justicia, generalmente no son plenamente conscientes de sus actos, ya que no sitúan al hecho en relación con el otro, el que ha sufrido el daño; por lo que para que tomen conciencia se les proporciona el marco adecuado. Dentro de la justicia penal la víctima no tiene espacio, su papel se limita a ser un testigo de los hechos, y a tener el derecho a reclamar una indemnización. El programa de reparación le permite abordar el problema nacido del delito sufrido en toda su dimensión.



Con la la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de 2000, que regula la responsabilidad penal del menor se consolidan y desarrollan los principios establecidos en la Ley 4/92 ya que ésta no mencionaba la mediación, y correspondía al servicio responsable del programa, estructurar y desarrollar la metodología necesaria para su puesta en práctica.

De las experiencias vividas a través de la puesta en marcha del programa, se comprobó que la mediación puede ser y es la herramienta válida para que las partes, de común acuerdo, decidan los actos reparadores que satisfagan los intereses de ambos. El programa de reparación a la víctima, a partir de las técnicas de la mediación, permite a las partes ser protagonistas de sus actos y responsabilizarse de ellos, a la vez que les permite tomar las decisiones necesarias para disminuir sus efectos. La toma de conciencia es la que constituye de la experiencia llevada a cabo el hecho educativo de aprender. Este programa ha demostrado que vista así la mediación entre autor del delito y víctima, es útil para ambos, más allá de los beneficios de la reparación concreta. El mediador, con su postura externa y neutral, los ayuda a tomar conciencia de la experiencia que han tenido, a fin de que la elaboren y la reutilicen en el futuro en base a las conclusiones que ellos mismos extraen.

La definición de los programas de mediación y reparación de la Dirección General de Justicia Juvenil es la siguiente:

- Los programas de reparación necesitan la participación voluntaria y activa de ambas partes con el fin de llegar a un acuerdo capaz de resolver el conflicto que existe entre ellos. Implica la Responsabilización del joven respecto de sus propias acciones y a sus consecuencias, así como también un esfuerzo encaminado a alcanzar la compensación a la víctima.
- La estructuración del proceso como la metodología utilizada tienen como objetivo permitir y facilitar a las partes un acercamiento que les permita abordar su conflicto de forma conjunta. El proceso se estructura en dos fases que son conducidas por el mediador.
 - En la primera, se mantiene el contacto con las dos partes por separado, con el objetivo de conocer las posibilidades reales de llevar a buen término el programa. En la entrevista con cada una de ellas se informa del funcionamiento de la justicia de menores en general, de las características del programa y del rol del mediador. Se estudia si se dan las condiciones mínimas para comenzar un programa, es el momento de conocer la versión de cada uno, como vive y define el conflicto.
 - En la segunda fase, si las partes lo quieren, se produce un encuentro entre ellas, que cuenta con diferentes etapas, donde en un primer momento se marcan las reglas que permitirán la conducción del proceso, después se aborda el problema y las consecuencias que ha tenido para cada una de ellas, para finalmente pasar a la búsqueda de soluciones.

La Mediación devuelve a las partes un conflicto que les pertenece, para que recuperen el protagonismo en un asunto que les afecta, dándoles la oportunidad de definirlo y resolverlo satisfactoriamente. La Ley 5 / 2000 que regula la responsabilidad penal del menor, desarrolla en forma explícita programas de mediación y reparación, y algunos de sus artículos pueden reformar el programa referido anteriormente, ya que esta ley tiene su ámbito de aplicación en los hechos tipificados como delito o falta en el Código Penal por mayores de 14 años y



menores de 18 años, y en determinados supuestos (delito menos grave o falta, cuando el Juez de instrucción competente así lo declare expresamente) hasta menores de 21 años. Esta variación significa un cambio en la población atendida por el programa, ya que se dejarán de atender a los menores de 12 y 13 años, que en general no tienen la madurez suficiente para responsabilizarse del daño causado ante la víctima y participar en un proceso de mediación. La nueva ley tiene un interés particular en los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima.

En el **Art. 19** de la Ley, se definen los conceptos de conciliación y reparación: Se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas. Se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Deja para el profesional responsable del programa la función de mediador entre el menor infractor y la víctima, sin que tenga que definir cual debe ser el tipo de acuerdo concreto al que deben llegar las partes en el caso concreto.

IV.- CONCLUSIONES.

- 1.- Ante un sistema penal de menores que no aporta soluciones, que criminaliza la pobreza, los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos constituyen una apertura de la Administración de Justicia a la participación de la ciudadanía, y un avance respecto a los resultados y tratamientos que la justicia ordinaria ha dado hasta ahora a los conflictos en estos espacios de la sociedad.
- 2.- La mediación como instrumento privilegiado de la resolución no adversarial de conflictos es perfectamente aplicable a la Justicia Penal de Menores y supone un cambio de estructuras mentales, consistiendo en:
 - a).- Un acercamiento a la persona, con intercambio de explicaciones dadas mutuamente, con todas las posibilidades sobre su punto de vista sobre los hechos pasados, su situación actual, y los deseos o compromisos a futuro.
 - b).- Un pacto para la restitución material de los daños, una reparación del objeto dañado o una prestación en beneficio del perjudicado.
 - c).- La realización de una actividad a favor de la comunidad, donde la víctima valora el esfuerzo del infractor, reconociéndole su predisposición.
- 3.- Potencia desde la justicia el restablecimiento de la paz social. Incorpora a la Justicia Penal elementos restitutivos o compensatorios en relación a la víctima.
- 4.- Responsabiliza al delincuente de las propias acciones y de sus consecuencias. Se analiza el origen del problema.
- 5.- Acerca la justicia a los ciudadanos mediante la posibilidad de acceder a formas ágiles y participativas para la resolución de conflictos que también son de su comunidad.



Bibliografía

- ASOCIACIÓN DE EDUCADORES “ENCUENTRO EN LA CALLE”. *Modelo de intervención en entornos socio-familiares de exclusión*. AEEC. Córdoba. 1998
- ASOCIACIÓN PRO-DERECOS HUMANOS DE ANDALUCÍA. *Informe denuncia sobre la actuación de Asuntos Sociales y Juzgados de familia en materia de menores*. APDH-A. Sevilla. 2000.
- ASOCIACIÓN PRO-DERECOS HUMANOS DE ANDALUCÍA. *¿Drogas hoy? Una apuesta por la legalización*. APDH-A. Córdoba. 2000
- ASOCIACIÓN PRO- DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA. *La vivienda en Córdoba: entre el derecho y la realidad en urbanismo*. APDH-A. Córdoba. 1997.
- ASOCIACIÓN PRO-DERECOS HUMANOS DE ANDALUCÍA. *¿Violencia en las aulas?. Respuesta a la diversidad*. APDH-A. Córdoba. 2001.
- ASOCIACIÓN PRO-DERECOS HUMANOS DE MURCIA. *Crítica a la Ley de responsabilidad penal de los menores*. APDH-MURCIA .Murcia. 2000.
- AA.VV. *Convivir en paz vivir sin racismo*. APDH-A. Cádiz. 2001.
- AA.VV. *Jornadas Internacionales sobre Derechos Humanos*. APDH-A. Granada. 1998.
- CC.VV. *Situación de los menores extranjeros no acompañados, tutelados por la comunidad de Madrid*. CC.VV. Madrid, 2001.
- DE CASTRO, Enrique. *Dios es ateo. Quilombo*. Madrid. 1997.
- DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. *El sistema de protección de menores*. Defensor del pueblo andaluz. Sevilla. 1999.
- FOESSA, *Las condiciones de vida de la población en la ciudad de Córdoba (Pobreza 3)*. Madrid, 1995
- GRUPO DE NIÑOS DE LA COORDINADORA DE BARRIOS DE MADRID. *Buscando respuestas a la injusticia con los niños. Centro alternativo de información sobre niños y jóvenes*. Madrid, 1992
- MARTINEZ REGUERA, Enrique. *Pedagogía para mal educados*. Quilombo. Madrid, 1999.
- PLATAFORMA CIUDADANA EN DEFENSA DELS MENORS INMIGRANTS DESAMPARATS. *Informe sobre los menores inmigrados, indocumentados y desamparados*. PCEDPMID. Barcelona, 2000
- RIOS MARTÍN, Julián Carlos y Cabrera Cabrera, Pedro José. *Mil voces presas*. Universidad Pontificia de Comillas, 1998.
- SANTIAGO LOSADA, Miguel. *Planteamientos para la erradicación del chabolismo*. APDH-A. Córdoba. 1997
- SAVATER, Fernando. *El valor de educar*. Ariel. Barcelona. 1997
- VALVERDE MOLINA, Jesús. *Proceso de inadaptación social*. Popular. 1996.
- RIOS MARTÍN, Julián Carlos y SEGOVIA BERNABÉ, José Luis. *Tratamiento jurídico de la infancia en conflicto social*. Madrid. 2000.
- MARTINEZ REGUERA, Enrique. *Cuando los políticos mecen la cuna*. Quilombo. Madrid. 2001
- IBARRA, Esteban. *Violencia y Ley Penal del Menor*. Movimiento contra la intolerancia.
- A. COSCIA, Osvaldo. *¿Es posible mediar en el conflicto penal?* Revista LIBRA, Argentina 2000
- ROCA DE ESTRADA, Patricia. *Medios alternativos a la resolución de conflictos. La reparación en materia penal*. Ponencia presentada al Congreso Panamericano de Derecho Penal Procesal realizado en Rosario. 2001.
- C. LLANAN NOGUEIRA, Julio. *Del encierro y el castigo... la reproducción de la lógica. Un dilema en el que nos encontramos atrapados. Hacia la búsqueda de una lógica alternativa en la resolución de conflictos*. Derecho.org- Edición Argentina