

# EL INTERÉS DEL MENOR EN LA LORPM

José María Pagés Bosch<sup>1</sup>

«...el más seguro pero más difícil medio de evitar los delitos es mejorar la educación...»  
Cesare Beccaria; «De los delitos y de las penas».

Si algún designio ha guiado a los autores de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (LORPM) ése ha sido, a no dudarlo, la defensa del *interés del menor*. Al menos eso pretenden hacernos creer, con un empeño digno de mejor causa, en su Exposición de Motivos (1). En ella puede leerse, por ejemplo, que «en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor» (2); que «en estos casos, el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor» (3); o que, a fin de «impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor», deben ser rechazadas expresamente «otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma» (4). Tan enfática declaración de intenciones no deja lugar a dudas: debemos suponer, pues, que la LORPM ha sido concebida, mayormente, para defender el *interés del menor*.

El así llamado *interés del menor* había formalizado su ingreso en esta jurisdicción algunos años antes, de la mano de la *Ley Orgánica 4/1992, de 4 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores*. Y lo había hecho, a decir verdad, con todos los honores. No en balde la L.O. 4/1992 encomendaba a los Juzgados «determinar las medidas aplicables a los menores que hayan realizado hechos susceptibles de ser tipificados como infracciones penales, pero siempre sobre la base de valorar especialmente el interés del menor» (5). Ya entonces el legislador había optado por concederle una importancia decisiva en la actividad jurisdiccional de estos órganos. Así y todo, no había llegado tan lejos como ahora en su afán por defenderlo.

Curiosamente, no figura ninguna definición del *interés del menor* en la LORPM. Se diría que el legislador considera obvio su significado, si no fuese porque es-

tima necesario que un Equipo Técnico lo ponga de manifiesto en un informe (6); que un abogado defensor intervenga en todos los actos que se refieran a su valoración (7); que el Ministerio Fiscal vele por él (8); y que, en fin, el Juez motive su sentencia a los efectos, asimismo, de su valoración (9). Ciertamente, no debe de ser ninguna obviedad cuando, en la práctica, las apreciaciones al respecto de unos especialistas tan acreditados como éstos resultan a menudo discrepantes (10).

¿Cuál es, pues, el *interés del menor*? La L.O. 4/92, en la que, como ya se ha dicho, figura una señalada mención del mismo, no arroja demasiada luz sobre este asunto. Hay que remontarse algo más allá -en concreto, a la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (11)-, para encontrar una descripción en toda regla del *interés del menor*. El artículo 40.1 de dicho texto, relativo a los derechos «de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes

<sup>1)</sup> La Exposición de Motivos de la LORPM contiene trece menciones literales del interés del menor. No he hecho el recuento de las que figuran en el resto de la Ley, pero imagino que deben de ser legión.

<sup>2)</sup> Exposición de Motivos, II, 7.

<sup>3)</sup> Exposición de Motivos, II, 8.

<sup>4)</sup> Exposición de Motivos, II, 7.

<sup>5)</sup> La L.O. 4/1992 instaba al Juez a tomarlo en consideración en otras tres ocasiones: a la hora de adoptar medidas cautelares, en el momento de decidir que las sesiones de la audiencia no sean públicas, y al valorar el sentido «pedagógico y educativo» de una eventual propuesta de reparación.

<sup>6)</sup> Exposición de Motivos, II, 7.

<sup>7)</sup> Exposición de Motivos, II, 9.

<sup>8)</sup> *Idem*.

<sup>9)</sup> Art. 7.3. LORPM.

<sup>10)</sup> Dicho sea de paso, ¿quién o qué constituye una amenaza tan alarmante para el superior interés del menor? ¿Quién o qué se hace necesaria la intervención de tantos y tan reputados valedores del mismo? ¿Su víctima?

<sup>11)</sup> La Convención de los Derechos del Niño forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 5 de enero de 1991. De acuerdo con su artículo primero, «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad».

*penales...», menciona, en efecto, «el interés superior del niño» y, aunque tampoco incluye una definición como tal, sí hace referencia a su derecho «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 la que se tengan en cuenta su edad y la importancia de promover su reintegración y de que asuma una función constructiva en la sociedad». En pocas palabras, y para entendernos, la Convención de los Derechos del Niño viene a identificar el *interés del menor* con la promoción de su autoestima y su sensibilidad social, así como el fomento de su posterior integración sociolaboral. Ése debe ser, pues, el *interés del menor* en este ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. En buena lógica, podría decirse que una medida judicial, un precepto legal o incluso toda una ley orgánica redundarán en favor del *interés del menor* si y sólo si tienen el efecto de estimular su autoestima, desarrollar su sensibilidad social y promover su integración sociolaboral. En caso contrario, deberíamos concluir que ese precepto, esa medida o esa ley orgánica no son fieles a dicho principio.*

No me creo capaz de hacer una valoración semejante de la LORPM en su conjunto, ni de las medidas judiciales a que ha dado lugar hasta la fecha. Eso es algo que escapa por completo a mis posibilidades. Sin embargo, nada me impide examinar algunos preceptos de la Ley a través de este prisma. El resultado de un examen como éste pondrá de manifiesto -o, al menos, eso es lo que me propongo demostrar- que la defensa del *interés del menor* no es, dígame lo que se diga en su Exposición de Motivos, un objetivo prioritario de la LORPM.

Es cierto que algunas previsiones de la Ley son, a este respecto, muy acertadas. Por ejemplo, la posibilidad de modificar las medidas judiciales ya impuestas (12), o la de sobreseer el expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (13). La primera de éstas permite dejar sin efecto, o sustituir por otra menos gravosa, una medida ya impuesta al menor, siempre que la evolución de su comportamiento así lo aconseje. La segunda autoriza a dar por terminado el proceso cuando el menor repara el daño ocasionado a la víctima o perjudicado, bien sea participando en un acto de conciliación, bien realizando una activi-

dad en su beneficio. Ambas opciones pueden repercutir positivamente en la autoestima de los menores, en su sensibilidad social y, por qué no, en su posterior integración sociolaboral. Ambas hacen efectiva, pues, la pretensión del legislador de orientar la actuación de los Juzgados de Menores hacia «*el superior interés del menor*».

Hay otras disposiciones de la LORPM en las que, a mi modo de ver, la valoración del *interés del menor* brilla por su ausencia. Por ejemplo, la contenida en la regla 1ª del art. 9:

«*Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir y de otras licencias administrativas*».

De acuerdo con este precepto, un menor al que se imputa un hecho de escasa entidad sólo puede ser amonestado, obligado a permanecer en su casa entre uno y cuatro fines de semana, *invitado* (14) a participar en una prestación de servicios a la comunidad, o privado de su permiso de conducir o de otras licencias administrativas. Ocurre, sin embargo, que en muchos de estos casos se da la circunstancia de que el menor se encuentra, por un motivo o por otro, en situación de riesgo social, y que esto hace aconsejable la adopción de una medida de mayor contenido educativo que las ya enumeradas. Pues bien, el texto no lo permite. Y no lo hace porque, según se echa de ver, antepone al *inte-*

(12) De acuerdo con el artículo 14.1 de la LORPM, «el Juez, (...) podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que en la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta».

(13) Según prevé el artículo 19.1 de la LORPM, «una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, (...) el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones...» En este mismo sentido, el artículo 51.2 permite al Juez, en tales supuestos, «dejar sin efecto la medida impuesta».

(14) No puede ser obligado a ello. Lo prohíbe la Constitución en su artículo 25.2: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados».

res del menor una pretendida proporcionalidad entre el hecho y su sanción, a pesar de que esta «finalidad esencial del Derecho penal de adultos» había sido expresamente rechazada por el legislador en la Exposición de Motivos. Y ello ha riesgo de privar a estos menores de otras intervenciones que podrían resultar más beneficiosas para ellos. En tales casos, lo más probable es que el Juez termine por adoptar una medida del todo extraña al *interés del menor* (15).

No es ésta la única disposición de la Ley que puede imposibilitar, literalmente, la adopción de la medida más acorde con el *interés del menor*. Véase, si no, la contenida en el artículo 19.1:

«También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y las circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito...»

«...el desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta».

Al parecer, el legislador considera, es este punto, que la participación del autor de un hecho grave en una actividad reparadora no constituye, bajo ninguna circunstancia, suficiente correctivo para él. Sin embargo, es evidente que no tiene por qué ser así. A menos que se pretenda no otra cosa que salvaguardar el efecto intimidatorio de la norma (otra «finalidad esencial del Derecho penal de adultos» expresamente rechazada por el legislador en la Exposición de Motivos). De nuevo aquí se opta por desestimar toda posible excepción a la regla, aunque ello impida el acceso a este recurso de algunos menores que podrían obtener no poco provecho de él. De nuevo aquí podría suceder que el Juez se viera obligado, finalmente, a adoptar una medida ajena al *superior interés del menor*.

La primacía del *interés del menor* puede resultar menoscabada asimismo por la aplicación el artículo 8 de la LORPM, que consagra el llamado *principio acusatorio*. Dicho principio, que la Exposición de Motivos considera «general e indiscutible», prohíbe al Juez de Menores «imponer una medida que suponga una

mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal» (16).

Pues bien, en la práctica puede ocurrir, y de hecho ocurre, que surjan discrepancias a este respecto entre el Ministerio Fiscal y el Equipo Técnico, pongamos por caso. Así las cosas, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8, el Juez está obligado a desestimar la medida propuesta por el Equipo Técnico siempre que ésta sea más gravosa para el menor que la solicitada por el Ministerio Fiscal, y ello con independencia de cuáles sean los criterios educativos esgrimidos por unos y por otros. En tales casos, el Juez nunca podrá hacer suya la propuesta del Equipo Técnico, aunque ésta sea, a su modo de ver, la más ajustada al *interés del menor*.

Si nos atenemos a lo manifestado por el legislador en la Exposición de Motivos de la LORPM, está fuera de toda duda que el principio del *superior interés del menor* debe prevalecer en todo momento y circunstancia, y, muy especialmente, a la hora de determinar las medidas que le son aplicables. No cabe hacer ninguna otra interpretación de afirmaciones tales como que debe «primar (...) el interés del menor en la flexible adopción judicial de la medida más idónea» (17), o que «la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso» (18). Sin embargo, como acabamos de ver, y de conformidad con lo dispuesto en la regla primera del artículo 9, y en los artículos 19.1 y 8 de la propia LORPM, ocurre que el *interés del menor* debe supeditarse, ocasionalmente, a

(15) Una de las conclusiones aprobadas en la «Cumbre Nacional en Canarias: el Fiscal y la Ley del Menor», celebrada en Lanzarote los días 18 y 19 de octubre de 2001, se hacía eco de este inconveniente: «Se propone una modificación legislativa que permita aplicar la medida de libertad vigilada en las faltas, por entender que es una medida de alto valor educativo, en la mayoría de los casos la más indicada, y la redacción actual impide su aplicación». ¿Y por qué no el tratamiento ambulatorio o la realización de tareas socio-educativas, pongamos por caso, siempre que sea en interés del menor?

(16) También le prohíbe imponer una medida privativa de libertad cuya duración exceda «el tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal».

(17) Exposición de Motivos, II, 7.

(18) Exposición de Motivos, II, 9.

otros principios en litigio, como son el *principio acusatorio*, la intimidación de los destinatarios de la norma y la proporcionalidad entre el hecho y su correspondiente sanción. En tales ocasiones, es obvio que el *interés del menor* deja de ser *superior*.

¿Cómo es posible que los autores de la LORPM hayan podido incurrir tan flagrante contradicción? ¿No han caído en la cuenta de que estos preceptos convierten su Exposición de Motivos en papel mojado? Desde luego, sería muy ingenuo por mi parte creer que a unas personas tan capaces y, a buen seguro, tan bien asesoradas, se les ha podido pasar por alto semejante despropósito. Bien al contrario, sospecho que son y han sido plenamente conscientes de su *error* desde el preciso momento en que tomaron la decisión de cometerlo, como también sospecho que no le concedieron, ni le conceden, la menor importancia. Porque, muy probablemente, y al igual que tantos y tantos otros profesionales vinculados a esta jurisdicción, consideran, en su fuero interno, que «*la función educadora del Derecho penal de menores no pasa de ser un bello desideratum*» (19).

Según se dice, la LORPM no ha sido concebida para defender el *interés del menor*, porque es una Ley penal y, como tal, «*está encaminada a proteger a la comunidad de las conductas desviadas de parte de sus miembros*» (20). Su intención primera, desde este punto de vista, no es ni puede ser la reeducación de los menores infractores, sino el mero *control social* (21). En puridad, lo único que la LORPM puede pretender de sus destinatarios es, simple y llanamente, un comportamiento conforme a la Ley.

Sucede, sin embargo, que la LORPM no es -o, al menos, no aspira a ser- una Ley penal cualquiera. Eso es algo que debe de haber quedado bastante claro después de leer su Exposición de Motivos. Si es o no posible una Ley así, no soy quien para decirlo. En cualquier caso, y en cierta medida, *debería serlo*, porque, a mi modesto entender, una Ley penal del menor exenta de una finalidad reeducativa no sólo es contraria a los principios en que debería inspirarse, sino que, además, y en rigor, no sirve a sus propósitos.

Mientras no se demuestre lo contrario, la mejor manera de prevenir la reincidencia es reeducar al delincuente. Si hubiese otros métodos más efectivos para lograrlo -qué sé yo, el ejercicio físico; lo suyo sería que la LORPM adoptara una perspectiva sancionadora-deportiva, y que incluyera en su catálogo de medi-

das aplicables la asistencia a un gimnasio o el tratamiento fisioterapéutico. Lamentablemente, no es ése el caso. El Derecho penal de menores está obligado a adoptar una perspectiva sancionadora educativa, si es que en verdad pretende atajar eficazmente las conductas delictivas de los jóvenes y adolescentes. Así lo reconoce el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley. No en vano advierte que el *superior interés del menor* debe ser valorado «*con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas*» (22), y califica la naturaleza de este procedimiento como «*formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa*» (23). ¿Por qué, entonces, no se muestra más escrupuloso a la hora de trasladar tan buen criterio al articulado de la LORPM?

Creo que el Derecho penal de menores debería hacer suyos, en mayor medida, los principios y los métodos de la educación. Aunque sólo sea porque, como ya he dicho, ésta es la mejor manera de hacer frente al comportamiento antisocial de sus destinatarios. Ignorar la función educativa del Derecho penal de menores constituye, en sentido estricto, un error palmario. El mismo que comete el borracho cuando busca las llaves de su casa debajo de una farola, a sabiendas de que no se encuentran allí, sólo porque el resto de la calle está a oscuras. El mismo que comete el legislador cuando, tras elevar el *interés del menor* al rango de principio superior en la Exposición de Motivos de la LORPM, termina rebajándolo, ya en su articulado, a la triste condición de «*bello desideratum*».

De aquí a unos años, cuando llegue el momento de poner las peras al cuarto a la LORPM, no faltará quien atribuya sus pobres resultados al humanitarismo que la impregna, a su ingenua vocación educativa, a su defensa a ultranza del *interés del menor*. Serán muchos los que reclamen una vuelta al puro y duro control social, a la Ley del Talión, a una verdadera Ley penal. Habrá que recordarles que la LORPM es ya, se quiera o no, una verdadera Ley penal.

(19) Así lo expresa D. Alberto Manuel López López, Fiscal de la Audiencia Provincial de Jaen, en un artículo que lleva por título «*Recursos en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*» (<http://www.fiscalia.org>).

(20) *Idem*.

(21) Lo cierto es que su tramitación recibió un impulso decisivo por parte del Gobierno tras ser incluida en un paquete de medidas destinadas a combatir la *kale borroka*.

(22) Exposición de Motivos, II, 7.

(23) Exposición de Motivos, II, 6.