

## **MENORES Y DERECHO**

### **EDITORIAL**

Juana María GIL RUIZ

Uno de los objetivos de esta Revista, con ya 54 años de historia, era perseguir desde el conocimiento, la protección de los derechos humanos desde una perspectiva crítica y comprometida. Igualmente deseábamos estar alerta de cuantas temáticas requirieran de un abordaje urgente y oportuno, desde el rigor de la experticia jurídica. En este sentido, si el año pasado el número 48 se dedicó a la Violencia Institucional de Género, cumplidos 10 años de la aprobación de la popularmente conocida como Ley Integral de 2004, este año 2015 marcaba la actualidad del tema abordado en el Monográfico: Menores y Derecho.

Al día de cierre de este número que hoy se presenta, el Pleno del Senado viene de aprobar definitivamente la Ley Orgánica de Protección de la Infancia y la Adolescencia para su remisión al Boletín Oficial del Estado y posterior entrada en vigor. En paralelo, el Senado ha remitido al Congreso la ley ordinaria que, con el mismo nombre, incorpora una batería de enmiendas tanto del Grupo Parlamentario Popular como del resto de grupos parlamentarios. En definitiva, es intención del Gobierno de España que esta ley orgánica entre en vigor este mismo mes de julio de 2015.

Por lo tanto entendemos que este número sale en un momento más que oportuno por su actualidad jurídico-política y por la necesidad de, siendo coherente con la política editorial arriba definida, aportar desde el conocimiento salidas a situaciones de desprotección de menores en general, como sujetos de derecho que son. El título —MENORES Y DERECHO— abarca no sólo la infancia sino la adolescencia, así como la problemática específica de los niños, y de las niñas, habitualmente diluidas tras el confuso término genérico acuñado por el Derecho “el menor”. Permítanme arrancar este número haciendo esta reflexión sobre el

lenguaje, y aclarando, desde el inicio, que aunque haya que recurrir a la expresión “el menor” por encontrarse tal cual en la ley y en su uso cotidiano, o “al Niño” —como es el caso del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Niños contra la explotación sexual y el abuso sexual—, nuestra divisa, nuestra enseñanza editorial se centra en subrayar la inclusión de todas y todos en el marco de sus diferencias y de sus especiales peculiaridades, que las tienen como veremos en la revista, aun camufladas tras un lenguaje falsamente genérico y excluyente.

La Ley Orgánica de Protección de la Infancia y la Adolescencia de próxima entrada en vigor, no ha sufrido modificaciones durante su paso por el Senado, quizás porque recibió cerca de 150 enmiendas parciales en el Congreso de todos los grupos así como 40 cambios que fueron pactados con el PP. Su aprobación definitiva modificará cinco leyes en vigor, entre ellas las popularmente conocidas de responsabilidad penal del menor, la de Violencia de Género y la de Extranjería, aunque ello no conlleve incremento alguno de gasto público para su implementación.

En este sentido, este monográfico ha centrado sus aportaciones en algunos de los aspectos neurálgicos que han sido abordados por la ley. Entre sus principales novedades, destaca la incorporación a todo el marco jurídico español de la definición de interés superior del menor de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que implica cambios en el derecho de escucha del menor ante el procedimiento judicial, su capacidad para presentar quejas y reclamaciones ante instituciones y administraciones públicas o de conseguir representación legal y defensa jurídica en los procedimientos que le afecten.

Asimismo, la ley regula por primera vez, los centros para menores con trastornos de conducta, fijando límites tanto en el ingreso —se requerirá orden judicial y no podrán convivir menores con problemas con aquellos no problemáticos, bajo tutela pública— como en su funcionamiento; así como las medidas de seguridad y restricción de libertades que pueden articularse dentro de estas instalaciones.

La ley modifica también el título I de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, incluyendo a las hijas e hijos de las mujeres víctimas de violencia de género, como sujetos específicos de protección de la misma. En esta línea, el legislativo repara en los artículos relativos al régimen de visita, custodia y patria potestad para establecer que será la jueza o el juez quien deberá pronunciarse en todo caso sobre estos aspectos, aunque, lamentablemente, en un contexto de violencia de género opte por la misma medida, debiendo ser la persona juzgadora quien valore si suspende o no el contacto del agresor por violencia de género respecto de su prole. Mucho me temo que aún resta romper con la fatal idea de que un maltratador puede ser el peor de los cónyuges, pero el mejor de los padres.

De cualquier modo, esta ley, que entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, se ha tramitado junto a otra del mismo nombre y carácter no orgánico que tendrá más recorrido. El Pleno del Senado ha aprobado más de una docena de enmiendas pactadas entre el PP y el resto de los Grupos y durante la ponencia se incorporaron asimismo una veintena de cambios

a instancias del partido mayoritario (PP). Esto implica que la ley ordinaria aún deberá regresar al Congreso para recibir la aprobación definitiva.

Entre sus novedades encontramos las reformas del sistema de adopciones nacionales e internacionales, así como los acogimientos familiares, la inembargabilidad de las ayudas por dependencia, o el derecho a recibir la prestación de orfandad completa de menores que quedaran huérfanos de madre o padre de manos del otro progenitor, o la creación de un registro de delincuentes sexuales.

Finalmente, tal y como reza en una de sus disposiciones finales “el Gobierno remitirá a las Cortes Generales, en el plazo más breve posible, un Proyecto de Ley de reforma de la ley de Protección a las Familias Numerosas con el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades y el acceso a los bienes y servicios públicos contribuyendo a la redistribución de la renta y a la riqueza de las familias”.

Pero, prueba de que las niñas y adolescentes tienen especiales características y peculiaridades propias a su sexo y humanidad, distintas de la de los niños y adolescentes, lo tenemos en una de las enmiendas transaccionales acordadas referidas a “las menores y las jóvenes sujetas a medidas de protección que estén embarazadas”, En este caso, la ley dicta que “recibirán el asesoramiento y apoyo adecuados a su situación y que en el plan individual que se realice a la menor se contemplará la protección del recién nacido”.

En este sentido, nuestro número 49 dedicado a MENORES Y DERECHO se inicia con la aportación del Profesor de Derecho Civil y Presidente de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Carlos Villagrasa, titulada *Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal* quien centrará y enmarcará el debate intelectual recogido en las siguientes páginas y que recorre la inquietud del propio legislativo.

De este modo, si entre las novedades de la Ley próxima a aprobarse destaca la incorporación a todo el marco jurídico español de la definición de interés superior del menor de acuerdo con la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, lo prioritario era centrarse en el propio concepto en tanto que principio rector. El Prof. Manfred Liebel, catedrático de Sociología de la Universidad de Berlín y director del Instituto de Estudios Internacionales sobre Infancia y Juventud, lo hace en su artículo *Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades*. Para comprenderlo como referente y posible impulso de actuación de niñas y niños, el autor analiza este principio en conjunto con otro principio que igualmente queda establecido por la Convención: el principio de la evolución de las facultades. La conexión teoría —marco legal— y práctica es una consigna que recorre su trabajo, analizando no sólo las condiciones de la evolución y el reconocimiento de las capacidades de niñas y niños, sino también las condiciones para su realización. Es lo que él insiste en calificar como *capability approach*.

Sin duda, la incorporación del mencionado principio rector “interés superior del menor” implica cambios en los derechos de escucha de éste y el reconocimiento a su capacidad para tener voz en la toma de decisiones en procedimientos que le afecten. Ejemplos de este nuevo marco de trabajo lo vemos recogido en la aportación del Catedrático de Filosofía del Derecho, Vicente Bellver, quien

como miembro del Comité de Bioética de España conoce bien, en *Participación de menores en los ensayos clínicos: cuestiones éticas y jurídicas*, la necesidad de exigir no sólo el consentimiento de los padres (o representantes legales) sino el asentimiento de éstos hasta que alcancen la mayoría de edad legal. Se trata de conciliar la necesidad de investigar con la de proteger el bienestar de niñas y niños.

La implementación del principio rector “interés superior del menor” reatraviesa también el trabajo aportado por el Dr. Matías Cordero, miembro del Consejo Editorial de la *International Journal of Children’s Rights*, y educador en un Centro de Justicia para “menores” (14-17 años). Con un trabajo sugerente titulado *El derecho de las niñas y niños al trabajo: un derecho secuestrado por el adultismo y el capitalismo hegemónico*, el Sociólogo del Derecho defiende el derecho de éstos a trabajar. El trabajo infantil, tal y como constatan los movimientos sociales de Niñas, Niños y Adolescentes Trabajadores (NNATs) organizados, puede equivaler a dignidad, ciudadanía y emancipación, en contra de lo defendido por la concepción hegemónica imperante.

Sin duda, estas reflexiones marcaban las siguientes aportaciones en derredor a cuál debería ser el criterio de determinación de la mayoría de edad, aspecto que afecta al ámbito civil pero también al penal. La pregunta la plantea el Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Talca en Chile y Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA), Isaac Ravetllat ¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico español. Parece claro que este instante temporal va vinculado, en principio, al momento en que un individuo deviene en plenitud de condiciones para gobernar su propia existencia. Pero el debate se reabre sobre si éste debería ser el inicio de la mayoría o si, como muy bien señala la Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Granada y del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, María José Jiménez en *Menores y responsabilidad penal: el debate se reabre*, deberían consensuarse cuestiones como si el menor de edad es o no inimputable; la conveniencia o no de disminuir la edad del menor para exigirle responsabilidad penal, que ahora se sitúa en 14 años; si sería necesario endurecer las medidas que se imponen a los menores infractores; o la necesaria valoración y revisión de la Ley del Menor (L.O.5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores). Pues bien, todas estas cuestiones planteadas en nuestro n.º 49 reatraviesan la Ley Orgánica de Protección de la Infancia y la Adolescencia, de inminente aprobación, como anunciamos.

De cualquier modo, quedaba por abordar una de las ausencias —y omisiones— más graves de nuestro ordenamiento. Efectivamente, como denunciábamos en el anterior número de *ACFS* dedicado a la Violencia Institucional de Género, la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dejaba fuera de su marco protector a las y los menores, víctimas infalibles en estos procesos de violencia estructural contra las mujeres. El legislativo era consciente de esta omisión que generaba violencia institucional de género y sabía de la urgencia de protección. En este sentido, Paula Reyes, asesora jurídica especializada en Políticas de Igualdad e Investigación Feminista, dedica su

artículo *Menores y Violencia de Género: de invisibles a visibles* precisamente a eso: a hacerlos, como sujetos de derecho que son, visibles y dignos de protección. Su experiencia en el diseño y ejecución de proyectos de coordinación e intervención con víctimas de violencia de género le permite —partiendo de datos cuantitativos y cualitativos— abordar no sólo la constatación de esta desprotección, sino la incongruencia o esquizofrenia —*contradictio in terminis*— entre la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima, La Ley Orgánica de Protección de la Infancia y Adolescencia de inminente aprobación, y el contradictorio Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad de separación y divorcio.

Pero si como decíamos al comienzo de esta nota editorial, las niñas y adolescentes tienen características y peculiaridades propias a su sexo y humanidad como las tienen sus homólogos varones, restaba aportar elementos para construir una comprensión de las menores en el sistema de justicia penal que atendiera a las discriminaciones específicas de las que son objeto y que tuvieran, a su vez, en cuenta los elementos particulares que se dan con relación a las infractoras más jóvenes. En este sentido, Encarna Bodelón y Marcela Aedo, Filósofa del Derecho por la UAB y directora del Grupo Antígona la primera y Profesora de Sociología Jurídica y Criminología de la Universidad de Valparaíso (Chile) la segunda, aportan un trabajo interuniversitario e interdisciplinar bajo el título *Las niñas en el Sistema de Justicia Penal*. En esta interesante aportación científica no sólo se evidencia el control como elemento clave en la construcción y percepción de la identidad femenina, a través de un complejo proceso socializador diferencial, sino que se constata la amplificación de los sexismos y discriminaciones retroalimentados, a su vez, en el sistema de justicia juvenil. Se requieren, pues, aportaciones por parte de la criminología feminista para comprender la experiencia de las menores en la justicia juvenil.

De cualquier modo, quienes leen esta revista conocen que una de sus insignias o emblemas no es sólo su parte monográfica, sino su tradicional y prestigiosa Sección abierta, su Crítica Bibliográfica y, en este número en concreto, la aportación de un documento que no dejará indiferente a nadie. Me refiero a la entrevista documentada a Marta Nussbaum, Premio Príncipe de Asturias en Ciencias Sociales 2012, de la mano de Rosa Colmenarejo, Doctora en Filosofía y Profesora de la Universidad Loyola de Andalucía, con un sugerente subtítulo *Por qué es tan importante aprender y enseñar Filosofía*.

La sección abierta incorpora siete trabajos expertos que repasan desde la historia del pensamiento jurídico político como es la brillante contribución de Milagros Otero Parga sobre Clemente de Munguía, la de Pedro Miguel Mancha Romero sobre John B. Ruhl; o la recuperación e influencia de pensadores como Vattel, Montesquieu o Pufendorf en los colonos americanos en la articulación constitucional de la joven república estadounidense por Ricardo Cueva Fernández. Esta perspectiva histórica y reflexiva es completada con el tratamiento de cuestiones abiertas como la necesidad de superar los presupuestos positivistas de la ciencia de la legislación en el Estado constitucional, de la mano de Alfonso García

Figuroa, y otras de indudable actualidad, trasladando las preocupaciones al plano más práctico, como es el trabajo de Encarnación Fernández sobre Mainstreaming de género, Carlos Lema Añón en torno a la biomedicina o Daniel J. García López sobre dispositivos de normalización ante la transexualidad.

Por último, que no menos importante, resta mencionar nuestra habitual Sección Crítica que destaca por el diálogo intelectual entre sus revisores y las obras elegidas para su presentación de largo ante la Academia.

Apenas queda una acotación informativa sobre los dos próximos números, un agradecimiento múltiple y un guiño a la interpretación. La primera reside en destacar, tras la salida de este número 49 sobre MENORES Y DERECHO, la celebración del número 50. Pocas revistas de alto calado científico-jurídico pueden llegar a conmemorar tal aniversario y este equipo editorial pretende hacerlo por todo lo alto. El próximo número ya tiene título propio, *1 de 50* y anuncia un doble reto por parte de *ACFS*. Por una parte, el anuncio de un proyecto ambicioso de digitalización de todos los números presentados desde el año 1961 con el objetivo de ofrecer a la comunidad científica internacional y nacional todas las aportaciones de las personas expertas que han colaborado con nosotros. En segundo lugar y en tanto que este proyecto se lleva a término, se pretende conformar un número recopilatorio de algunas de los artículos más demandados, especialmente de aquellos números que se encuentran agotados y que son de difícil consulta. Asimismo, y en tanto que en 2017 se conmemora el cuarto centenario del fallecimiento del célebre jurista que da nombre a nuestra revista, el granadino Francisco Suárez, resulta obligado dedicar el número 51 a su persona, pensamiento e influencia jurídica y política.

El agradecimiento múltiple recae sobre todas aquellas personas que hacen posible que esta revista continúe en la brecha y que reatraviesa a las autorías, traducciones, *referees* externos e internos, entre otras aportaciones impagables. A todas ellas, gracias con mayúsculas.

Y por último un guiño a la interpretación y al universo de fantasía, cuando se cumplen 150 años de la creación del cuento de Lewis Carrol. La búsqueda de una imagen que en la portada transmitiera el sentido de este monográfico dedicado a MENORES Y DERECHO se lo debemos a su autor, al ilustrador John Tenniel y a la exposición que de la misma ha abrazado la Morgan Library and Museum. Sin duda, esta ilustración del libro *Alicia en el País de las Maravillas* es un gozo visual para un monográfico que, como el libro de Carrol, transita entre la ficción (jurídica) y la realidad.