

MENORES

Concepto: Legislativamente, menores son los que están por debajo de 18 años.

Ni la normativa nacional ni la internacional ofrece un concepto único de minoría de edad, ni siquiera existe un término equitativo.

Por lo menos en nuestro derecho es el término de menor el que debe priorizarse y el que nosotros emplearemos en esta asignatura, en la línea con la Ley Orgánica 5/2000.

El término menor, como apunta Cruz Blanca, es la diferencia del marcado carácter asistencial de los términos infancia y niño, únicamente marca una relación de contraposición respecto al mayor. Por ejemplo, para realizar ciertos actos jurídicos, para ser sujeto pasivo de determinados delitos o para designar consecuencias jurídicas diferentes.

Es el término menor el que se utiliza tanto por la normativa penal como en la extrapenal. Para designar a aquellas personas que por razón de su edad se encuentran especialmente protegidas o exentas de Responsabilidad Penal respecto al Código Penal.

(Véase el Art. 19 del C.P. en este sentido. De las causas que eximen de la responsabilidad criminal. Art. 19 C.P. “Los Menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.”)

Definición de Menor:

El menor ha sido conceptuado como aquella persona que por razón de su edad ostenta una condición o cualidad que es tenida en cuenta por el Ordenamiento Jurídico como factor determinante de la situación o posición dentro de la comunidad y de su ámbito de poder, capacidad y responsabilidad.

Es un término eminentemente sociocultural, dependiente de las creencias o convicciones de los miembros del grupo humano en relación con la protección que a determinadas personas se debe conceder o de la libertad que se debe atribuir. Es una categoría que se encuentra en función de condicionamientos económicos, culturales, ...; vigente en cada momento histórico que los legisladores habrán de definir en cada caso atendiendo a las circunstancias culturales y sociales de un tiempo y un país.

El art. 1 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, señala que:

“Para los efectos de la presente convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

El convenio del Consejo de Europa de reconocimiento de decisiones en cuestión de custodia de menores de 20 de mayo de 1980, entiende por menor a la persona siempre que su edad sea inferior a 16 años.

El art. 4 del Convenio de la Haya de 25 de Octubre de 1980, sobre secuestro de menores aplica la restitución de los niños secuestrados hasta el límite de 16 años.

En el Ordenamiento Jurídico español hay un reconocimiento unitario:

- El **art. 12 de la C.E.** vincula la mayoría de edad a los 18 años.
- El **art. 315 del C.C.** afirma que la mayoría de edad empieza a partir de los 18 años.
- El **art. 1 de la L.O. 1/96** de Protección Jurídica del menor extiende su ámbito de aplicación a los menores de 18 años que se encuentran en el territorio español salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable hayan alcanzado con anterioridad la mayoría de edad.

En el ordenamiento penal, en la actualidad se ha evitado la disparidad que ha existido con el anterior C.P. y se acota la mayoría de edad en los 18 años.

En la Ley del Menor, tras la reforma 8/2006, el art. 1 afirma que la ley se aplica para exigir la responsabilidad de las personas mayores de 14 años y menores de 18 años (...).

Con anterioridad se aplicaba a mayor de 14 años y menores de 18 años, y también se podía aplicar entre 18-21 años.

Por otra parte, hay que aludir no solo al límite positivo o superior por debajo del cual el menor queda exento de responsabilidad criminal, sino también a otro negativo e inferior fijado en 14 años y que determina para estos sujetos, (menores de 14 años) no solo la responsabilidad penal respecto al derecho penal de adultos sino también la imposibilidad de que se le exija responsabilidad con arreglo a la legislación de menores.

En cuanto a derecho comparado las diversas legislaciones también establecen marcos de mayoría y minoría de edad distintos. Así por ejemplo:

- la legislación alemana e italiana se ciñe al intervalo 14-18 años.
- la francesa al de 13-18 años.
- la portuguesa al de 16-21 años.

Se ha aludido al menor desde tres perspectivas:

- 1.- Menor desamparado.
- 2.- Menor sujeto pasivo del delito.
- 3.- Menor sujeto activo de delito.

1.- Menor Desamparado.

Se utiliza para aludir a la situación en la que se encuentran los menores cuando se ven privados de la necesaria asistencia moral o material por incumplimiento grave de la persona o personas obligadas a ofrecérsela. En dicho caso se aplican medios de carácter civil o administrativo de acuerdo con las diversas leyes de protección jurídica del menor.

El artículo 39.3 de la Constitución española afirma: ***“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.***

El artículo 39.4 de la Constitución española afirma: ***“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.***

Entidades Públicas, tutela de un menor en desamparo.

Art.172 C.C. De la adopción y otras formas de protección de los menores, sección primera. De la guarda y acogimiento de menores. “1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

2. Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que esta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.

Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal.

Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

3. La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor.

4. Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

5. Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda, aquél o persona interesada podrá solicitar la remoción de ésta.

6. Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”.

(Ver Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del menor, en la que introducen derechos del menor).

2.- Menor como sujeto pasivo del delito.

Los menores gozan como sujetos pasivos de delitos de la misma protección que recoge el Código Penal para los adultos, pero junto a ello, el Legislador ha tomado en consideración la condición del menor como interés especialmente protegido, recogiendo en conjunto de disposiciones que le otorgan una mayor protección.

Se tipifican expresamente determinados ataques a bienes jurídicos en los que aparece el menor como titular de manera explícita, sin ánimo de exhaustividad, vamos a ver algunos casos específicos:

Por ejemplo: **Art. 46 C.P.** al prever la **inhabilitación especial para ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento**. “La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la

incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. El juez o tribunal podrá acordar esta atención a las circunstancias del caso”.

Art. 37.2 C.P. Situación del menor. “Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada”.

Art. 132.1 C.P. A efectos de **cómputo de la prescripción del delito**, también se tienen en cuenta los menores. “Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita que cesó la conducta.

En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha de fallecimiento”.

Art. 130.5 C.P. A efectos de **perdón del ofendido**, la responsabilidad penal se extingue por el perdón del ofendido, cuando la ley así lo prevea. “En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz”.

En las lesiones art. 147 C.P. en relación con el art. 148 C.P. si la víctima fuera menor de 12 años o incapaz. **Art. 147.1 C.P.** “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo de delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

Art. 148 C.P. “Las lesiones previstas en el apartado I del art. Anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 3º Si la víctima fuere menor de 12 años o incapaz”.

También el **art. 149.2 C.P.** “El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de 6 a 12 años.

Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de 4 a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”.

Artículos 155 y 156 C.P a efectos de consentimiento en las lesiones.

Art. 155 C.P. “En los delitos de lesiones, si a mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz”.

Art. 156 C.P. “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de

edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos no por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

Víctimas de detención ilegal. **Art. 165 C.P.** “Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro sea ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

Amenazas y coacciones, artículos 171 y 172 C.P. **Art. 171.4 C.P.** “El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y un día a 3 años, así como, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años”.

Art. 172.2 C.P. “El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 1 año o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años, así como, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 C.P. o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Artículos 173 y 174 C.P. **Art. 173 C.P.** “1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años.

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 a 5 años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de 1 a 5 años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrando una pena de las contempladas en el Art. 48 C.P. o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Art. 174 C.P. “1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que a cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de 2 a 6 años si el atentado fuera grave, y de prisión de 1 a 3 años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de 8 a 12 años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior”.

De las agresiones sexuales, artículo 180 C.P. **Art. 180.1 C.P.** “Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de 4 a 10 años para las agresiones del art. 178 y de 12 a 15 años para las del art. 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

3ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de 13 años”.

De los abusos sexuales, artículo 181 C.P. **Art. 181.2 C.P.** “A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de 13 años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare”.

Abusos sexuales fraudulentos. **Artículo 183.1 C.P.** “El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de 13 años y menor de 16, será castigado con la pena de prisión de 1 a 2 años, o multa de 12 a 24 meses”.

De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, artículos 185 y 186 C.P.

Art. 185 C.P. “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibicionismo obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 1 año o multa de 12 a 24 meses”.

Art. 186 C.P. “El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 1 año o multa de 12 a 24 meses”.

De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, artículo 187 y siguientes. **Art. 187.1 C.P.** “El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24”.

Art. 188.3 C.P. “Si las mencionadas conductas se realizaran sobre personas menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá

al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores”.

Del descubrimiento y revelación de secretos, artículos 197.5 y 201.1 C.P.

Art. 197.5 C.P. *“Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere menor de edad o incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior”.*

Art. 201.1 C.P. *“Para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.*

De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. **Art. 220 C.P.** *“1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de 6 meses a 2 años.*

2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.

3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de 1 a 5 años.

4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de 4 a 10 años.

5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centro sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de 6 meses a 1 año”.

De los delitos contra los derechos y deberes familiares.

- **Sección I. Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio.** Art. 223 C.P. y siguientes. **Art. 223 C.P.** *“El que teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave”.*

- **Sección II. De la sustracción de menores.** **Art. 225 bis. C.P.** *“1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de 2 a 4 años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de 4 a 10 años.*

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las 24 horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de 24 horas, quedará exento de pena.

Si la situación la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los 15 días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de 6 meses a 2 años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas”.

- Sección III. Del abandono de familia, menores o incapaces. Art. 226 C.P. *“1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12 meses.*

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de 4 a 10 años”.

Difusión de drogas entre menores y utilización de menores para el tráfico de drogas. Art. 369 C.P. y siguientes. Art. 369 C.P. “1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior (Art. 368 C.P.) y multa del tanto al cuádruplo cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias:

Las sustancias a que se refiere el artículo 368 C.P. se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación”.

Solicitud sexual por parte de funcionario de prisiones. Art. 443.2 C.P. “El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de 1 a 4 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 12 años”.

No prestación de auxilio en caso de abandono. Art. 618.1 C.P. “Serán castigados con la pena de localización permanente de 6 a 12 días o multa de 12 a 24 días los que, encontrando abandonado a un menor de edad o a un incapaz, no lo presentase a la autoridad o a su familia o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran”.

3.- Menor como sujeto activo del delito.

Se alude a los menores de edad autores de una conducta tipificada como delito o falta en el C.P. o en las leyes penales especiales en cuanto a esta trilogía.

No se debe olvidar que en muchos casos aludir a una de ellas nos va a llevar también a las otras tres.

Como ha dicho Cruz Blanca, la situación de desamparo y abandono propicia el nacimiento de conductas infractoras de menores y jóvenes. Se afirma que, en muchos casos, las conductas delictivas son provocadas o facilitadas por un defectuoso medio familiar, una socialización pobre o una mala integración social.

Por último, tenemos que señalar que se utiliza el término de Delincuencia Juvenil desde diversas perspectivas.

Desde una perspectiva amplia la Delincuencia Juvenil no solo engloba los hechos delictivos cometidos por menores de edad, sino aquellos otros que se consideran anormales o denotan una conducta desviada o antisocial en el menor.

Dicha noción fue criticada por amplia, en diversos congresos, como el primer congreso de las Naciones Unidas de Ginebra de 1955, que aconsejaba que la delincuencia juvenil se limitara a las infracciones de las leyes penales, abogando en consecuencia por un concepto más restrictivo y adecuado que la configura como conjunto de conductas cometidas por menores de edad recogidos en las leyes penales como delictivas. Concepto que es más adecuado y se adapta mejor la legislación española a partir de 1991.

La Protección del menor.-

El período de vida que comprende la minoría de edad es decisivo para la formación de la personalidad del individuo lo que justifica que se le otorgue una especial protección por el ordenamiento jurídico.

En términos generales se alude a la protección del menor como una forma de concretar los aspectos que los diversos sectores del ordenamiento jurídico, civil, laboral, administrativo y penal tienen para promocionar y amparar los derechos de los menores.

En ese contexto nos encontramos en un momento de cambio en el establecimiento del marco jurídico propio del menor, que pasa a dejar de ser considerado como simple sujeto pasivo, como incapaz, para configurarse como un verdadero sujeto de derechos con capacidad para ejercerlas por sí mismo.

Ley 1/96 De protección jurídica del menor, Exposición de motivos, punto 2. *“La presente ley pretende ser la primera respuesta a estas demandas, abordando una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil.*

En este sentido su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general.

Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia (...).”

La nueva concepción tendrá su reflejo en el ámbito penal relativo a los menores infractores mediante el cambio de paradigma, en los modelos de intervención frente a los ilícitos cometidos por menores pasando de un modelo tuitivo paternalista a otro u otros que reconocen la responsabilidad penal de los menores por sus actos.

Además, la protección del menor debe ser global, debe actuar ante cualquier circunstancia frente a la que este se encuentre, no limitándola exclusivamente a la defensa, promoción o apoyo de aquellos menores en situación de desamparo. Debe abarcar todas las actuaciones tendentes tanto a la prevención, como a una adecuada intervención frente a la comisión de conductas delictivas. La protección del menor también se ejerce con un adecuado tratamiento y prevención de la delincuencia de menores.

Uno de los ámbitos a los que hay que aludir en la protección del menor, es la que se otorga frente al inadecuado ejercicio de la patria potestad o tutela. Como ha afirmado Cruz Blanca, la Constitución sin pronunciarse sobre modelo alguno de familia, se preocupa de esta institución en la medida de que es el grupo donde normalmente transcurre el periodo de la infancia, y en cuyo seno los individuos se desarrollan y forman su personalidad.

Los poderes públicos deben velar para que no se produzcan situaciones de abuso de uno de sus miembros respecto de los otros, y el Estado solo debe interesarse en la medida en que exista una situación de abuso que se traduce en un inadecuado ejercicio de la patria potestad y de la tutela. El incumplimiento de las condiciones inherentes a las mencionadas instituciones determinaría la intervención de los Poderes Públicos que podrían adoptar alguna de las medidas previstas en el ordenamiento jurídico. **Ley Orgánica 1/96 De Protección Jurídica del Menor, Art 17. Actuaciones en situaciones de riesgo.** *“En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberán garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que indican en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.*

Una vez apreciada al situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución de la evolución del menor en la familia”.

Otro ámbito de protección abarca el conjunto de programas integradores que pretenden prevenir la delincuencia juvenil y que contemplan la multiplicidad de factores que coadyuvan a la comisión de delitos y cuya finalidad está orientada a evitar que la delincuencia juvenil aumente. Entre las actuaciones de los programas, se pueden señalar aquellas que deban de realizarse para atender las necesidades del menor, modificando o eliminando la marginación económica y social como posible factor desencadenante del proceso delictivo del menor.

Se pueden citar actividades dirigidas de forma especial a la juventud en un plano educativo, cultural, deportivo, familiar, e institucional. También se pueden articular medidas dirigidas a los menores que se encuentren en situación de riesgo o alta posibilidad de comisión de infracciones penales.

Desde otra perspectiva se puede plantear la protección del menor desde el ámbito propio de la justicia penal del menor. Una forma de promocionar los derechos del menor está en la creación de un sistema penal de responsabilidad penal de los menores adecuado a sus circunstancias, para ello se manejan dos ámbitos de actuación diferenciados:

1.- Se asocia a la descriminalización de conductas cometidas por menores de edad.

Por ejemplo el Art. 10 de la Proposición de Ley Orgánica 122/000180, reguladora de la responsabilidad penal del menor de 1998, que señalaba “que solo se responderá conforme a esta ley por los delitos graves en los que concurra violencia o intimidación en las personas, en los demás casos de tentativa, delito o falta, el juez pondrá los hechos en conocimiento de las instituciones administrativas de protección de menores y archivará las actuaciones”.

Por último, afirma el artículo, “la realización de los actos preparatorios definidos en los art. 17 y 18 del C.P. solo dará lugar si se considera precisa a la imposición de la medida de amonestación”.

Art. 17 C.P. *“1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.*

2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo

3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley”.

Art. 18 C.P. “1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

2.- Debe traducirse en un Derecho Penal de menores lo suficientemente desigual hasta el punto de hacer efectivo el principio de igualdad, esto es, teniendo en cuenta que la protección del desarrollo del menor implica una diferencia sustancial que legitima un tratamiento jurídico desigual, lo que enlaza en última instancia con la prevención especial como finalidad a la que debe tender cualquier sistema que se articule para dar respuesta a los ilícitos penales cometidos por menores de edad.

Modelos de intervención frente a los ilícitos penales cometidos por menores.-

Los distintos ordenamientos han ido adoptando diferentes modalidades en el tratamiento penal de los menores infractores, se han acordado tres modelos distintos:

- 1.- Modelo Tutelar.
- 2.- Modelo del Bienestar o Educativo.
- 3.- Modelo Mixto o de Responsabilidad.

Modelos que presentan sensibles diferencias de uno a otro.

1.- Modelo Tutelar.

Se caracteriza, como apunta Cruz Blanca, por diseñar para el menor infractor un sistema de medidas de orientación fundamentalmente correctoras impuestas por el tribunal de menores a través de un procedimiento desprovisto de garantías judiciales.

El modelo se pone en marcha a finales del S. XIX con la creación de las primeras instituciones especializadas de menores. Parte de la premisa de que el menor de edad es a la vez un sujeto irresponsable y digno de protección.

En el ámbito del modelo tutelar hay que situar la creación del Tribunal de menores de Chicago en 1889. Surge, como apunta Barbero Santos, en un momento de crecimiento industrial que genera cierto abandono para los menores, y constituye, según Baviera, el progreso más grande de la historia judicial después de la Carta Magna.

Su implantación se produce con cierta facilidad en los estados de Norte América y Europa, así aparecen los primeros Tribunales para niños, en Portugal 1911, Bélgica 1912, coincidiendo, como apunta Cruz Blanca, con los años en que comienza a afirmarse el capitalismo y el nacimiento de las sociedades industriales, desencadenante final de situaciones de abandono, desamparo y delincuencia del menor que, además era afrontada por el sistema penal vigente para los adultos, lo que generaba una gran preocupación que de alguna manera converge con un positivismo filosófico y correccionalismo que influye claramente en el modelo tutelar.

Con esta perspectiva, Dorado Montero, califica a los menores delincuentes, junto a los pródigos y a los locos, como sujetos peligrosos frente a los que la sociedad ha de defenderse.

Sobre el esquema del modelo tutelar, el menor que infringe la ley penal no es un delincuente, sino un sujeto que por su inmadurez es inimputable, obedeciendo su comportamiento frecuentemente a determinadas carencias de su personalidad, que hay que corregir con una labor reformadora de integración social. La intervención judicial en vez de atender al enjuiciamiento del hecho, lo hace a la prestación de atención, asistencia y protección que necesita a través de medidas de naturaleza educativa y tutelar, y no de carácter represiva.

El menor delincuente es considerado como sujeto peligroso, diferente y con tendencia a la desviación, y no puede ser considerado autónomo como persona y, en consecuencia, debe quedar sujeto a la tutela, bien del estado o de otras instituciones.

Principales características del Modelo Tutelar.

A) Carácter anormal y patológico que delinque o realiza alguna conducta irregular, y que se manifiesta en la presunción IURE et de IURE (no admite prueba en contrario), con lo cual se equipara al menor con los locos o con los que sufren alteración de la percepción.

El criterio para algunos autores es más una coartada para construir un modelo limitado de garantías penales.

B) El modelo tutelar aplica una postura amplificadora o inflacionista de los hechos que fundamentan la intervención, lo que daña el principio de legalidad, puesto que es viable la intervención estatal, no solo frente a la comisión de un hecho tipificado como delito o falta, sino también sobre las denominadas conductas irregulares, fugas de hogar, prostitución, desobediencia a la autoridad paternal...

Se traslada a la justicia penal la búsqueda de soluciones de problemas sociales como pueden ser la marginación sin necesidad de contar con el consentimiento del menor o de sus representantes, utilizando medidas en función de las condiciones morales o sociales del menor y sin sujeción a la gravedad de la infracción cometida, lo que daña el principio de proporcionalidad al adoptarse medidas “por su bien” sin una duración determinada.

C) El modelo tutelar conlleva la creación de una jurisdicción especial absolutamente separada de la ordinaria para evitar la influencia corruptora de los criminales adultos.

Esta jurisdicción otorga un amplio poder discrecional al juez de menores, que no es necesario que sea de carrera.

El juez actúa como padre, psicólogo y elabora un diagnóstico exacto de la personalidad del mismo y sus necesidades.

D) No es necesario el respeto de las garantías jurídicas mínimas, principio de presunción de inocencia, publicidad, asistencia letrada..., puesto que lo esencial es el buen desarrollo de la finalidad educativa y terapéutica.

Estamos ante un sistema de justicia administrado informalmente, focalizado hacia una discutible asistencia y tratamiento del menor que ha conducido a otorgarle una posición bastante débil, privándole de las garantías básicas del Derecho Penal.

De la vieja frase de Dorado Montero, *“Por fin los menores han quedado fuera del Derecho Penal”*, según Funes Arteaga y González Zorrilla, solo cabe asumir que han quedado fuera de las garantías en la aplicación del derecho, pero no del Derecho Penal mismo.

El modelo tutelar, quedó plasmado en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1918 y de 1948, y se ha mantenido en vigor hasta que la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991 la declaró parcialmente inconstitucional.

2.- Modelo del Bienestar o Educativo.

Se sitúa en al época de expansión económica, originadora del estado del bienestar y desencadenante de un evidente aumento de prestaciones sociales, se caracteriza por dar un tratamiento unitario a los jóvenes que cometen delitos y a los desamparados que requieran asistencia. En él prima la idea de educación y tratamiento sobre cualquier otra.

En el ámbito procesal se aboga por procesos informales con amplia participación de trabajadores sociales, psicólogos, pedagogos y gran margen de discrecionalidad. Se atiende fundamentalmente a las necesidades de menores, que impregnan el sistema con un marcado cariz educativo por encima de cualquier otra consideración jurídica.

La propuesta de una intervención desformalizada conlleva un importante descenso de la intervención judicial, con un considerable abandono de los métodos represivos y un claro predominio de la acción educativa a través de la aplicación de programas de diversión, desviación o derivación que conlleva una importante desjudialización.

3.- Modelo Mixto o de responsabilidad.

La crisis del estado del bienestar y del modelo educativo, debido al elevado índice de delincuencia, propició que los países que habían adoptado el modelo educativo reclamaran un aumento de medidas regresivas. Dicha opción se asocia a otra vinculada al reconocimiento de los derechos del menor y que se percibe claramente en el ámbito internacional.

El Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, formuló un elenco de principios para proteger los derechos fundamentales de los menores. Se propugnó un sistema mixto que combina aspectos de los sistemas del bienestar y otros del sistema penal. Se va cambiando el concepto menor, que pasa a considerarse como un sujeto capaz de enfrentarse con el sistema normativo y asumir la responsabilidad de sus acciones. En consecuencia, entra en crisis el paradigma de la irresponsabilidad de los menores, mayores de cierta edad ante la comisión de un ilícito penal, y se pasa a entender que considerarlos responsables forma parte del proceso educativo.

Los menores deben ser responsables y la discusión se traslada a cómo deben serlo, lo que depende del sistema que se utilice, finalidades, medidas técnicas, etc.

En síntesis, el modelo responde a las siguientes características:

- 1- Se distinguen varios tramos de edad, minoría de edad por debajo de la cual no intervienen los órganos judiciales, segunda franja de edad donde interviene el Derecho Penal de menores y una última que alcanza hasta los 21 años y que representa una etapa intermedia entre Derecho Penal de menores y adultos.
- 2- Se propugna no sólo la posibilidad de intervenir exclusivamente frente a la comisión de hechos delictivos sino además se propone un programa despenalizador que reduzca la intervención penal en este ámbito, con medidas como la elevación de la edad mínima de responsabilidad penal.
- 3- También se aboga por reducir la intensidad de la intervención reduciendo la imposición de medidas privativas de libertad. Se defiende el establecimiento de una variada gama de medidas alternativas basadas en criterios educativos, medidas que tienen una función fundamentalmente resocializadora o educativa. Se habla de castigo positivo o sanción positiva.
- 4- En el ámbito procesal se pretende la creación de un proceso justo, reconociendo las garantías procesales básicas, principio de legalidad, presunción de inocencia, actuación del Ministerio Fiscal, asistencia letrada.

Se aboga por la desjudialización mediante la articulación de técnicas de diversión como los programas conciliadores, posibilidades que quedan bajo la tutela de la instancia judicial o del Ministerio Fiscal, (artículo 19 de la L.O. de Responsabilidad penal

de menores: ***“Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.***

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y 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, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

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

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores”

En definitiva, el modelo no supone abandonar el concepto de educación sino poner el acento en el tipo de responsabilidad que se arbitre por la comisión de un delito. Como afirma Cruz Blanca, la admisión del modelo legitima la imposición de consecuencias a los menores y jóvenes por la comisión de infracciones penales cuando estos son coercitivas y afectan a su libertad.

El modelo representa una tercera etapa en la que el menor cobra autonomía y personalidad. En España, tras el fracaso del modelo tutelar, se inicia un proceso legislativo que nos lleva al modelo mixto que está en la base de la L.O. 4/92, reguladora de la competencia y el procedimiento de los jueces de menores y de la L.O. 5/2000, de menores.

Modelos establecidos en las Declaraciones Internacionales.-

En primer lugar, hay que destacar la importancia de abordar los referentes internacionales, por ejemplo el 10.2 de la Constitución española señala que *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*; el artículo 96.1 de la Constitución afirma *“Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.”*; el artículo 39.4 de la Constitución afirma *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

En definitiva, es evidente la importancia de los referentes internacionales.

De acuerdo a la normativa mencionada, la Convención Internacional de los derechos de menores aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 29 de septiembre de 1985, e introducidas en el Anexo a su Resolución 40/33, conocidas como Reglas de

Beijing. La Recomendación nº 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

La Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, BOE, 31-XII-90, y las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil conocidas como Directrices de RIAD, aprobadas por Resolución de la Asamblea General de la ONU 40/112, de 1990.

Reglas de Beijing:

Conforman la plasmación de las aspiraciones para unas reglas mínimas en el tratamiento de menores y una invitación a la armonización con las mismas de los respectivos ordenamientos internos. Conforman las condiciones mínimas aprobadas por Naciones Unidas con el objeto de servir de marco para los diversos Estados, siempre que sea necesario que adapten sus legislaciones a las reglas, y procuran promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables a los menores delincuentes. Para poder conseguir un mayor número de adhesiones, no establecen un modelo rígido de justicia de menores. Utilizando formas y conceptos amplios, por ejemplo en la Regla 2.2.c se dice que se considera menor delincuente *“todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.”*

Se amplía, además, el ámbito de las Reglas para que sean aplicables no sólo a menores delincuentes, sino también a los menores que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible, tratándose de un comportamiento de adultos (Regla 3.1)

En cuanto a sus principales líneas hay que destacar la apuesta por políticas sociales preventivas. Dentro del conjunto de éstas, Regla 2.3.a: *“Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos”*.

Reglas 2.3 y 7: Proteger sus derechos y garantías individuales.

Reglas 1.4 y 2.3.b: Contribuir tanto a la protección de los bienes jurídicos como al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad y a satisfacer sus necesidades.

Destacable es también la tendencia para adoptar medidas frente a los menores, evitando al máximo su internamiento. Se recomienda en las Reglas que exista una amplia gama de medidas como la libertad vigilada, hogares de guarda, comunidades de vida y otros establecimientos recreativos (Regla 18), el establecimiento de programas de diversión (Regla 11). Se recomienda también que la aplicación de la medida de libertad se utilice en el plazo más breve posible, separando a los menores de los adultos (Regla 13).

En definitiva, se aboga por un conjunto de medidas que utilice un sistema de menores garantista y generalizado en múltiples países. Los criterios se aproximan bastante al sistema mixto.

Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1990, ratificada el 30 de noviembre de 1990 (BOE 31 de diciembre de 1990).

(El artículo 43 ha sido modificado el 19 de noviembre de 2002)

El Preámbulo de la Convención recuerda que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especial y destaca la responsabilidad primordial de la familia en lo que respecta a la protección y la asistencia. La necesidad de una protección del niño, la importancia del respeto de los valores culturales y el papel crucial de la colaboración internacional.

La Convención, a lo largo de sus cincuenta y cuatro artículos, además de establecer de modo general todos los derechos de los menores, se refiere, en sus artículos 37 y 40, al régimen penal de los menores, destacando un relevante elenco de garantías.

Destaca el importante conjunto de garantías del menor, así el artículo 1 establece lo que se entiende por niño *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

Por otra parte, para los menores que hayan sido acusados o declarados culpables, se les reconoce el derecho a que se respeten sus derechos fundamentales y, en particular, el derecho a beneficiarse de un procedimiento equitativo rodeado de todas las garantías, con los siguientes principios:

- Legalidad (Artículo 40.2.a))
- Proporcionalidad (Artículo 40.4)
- Presunción de inocencia (Artículo 40.b)i))
- Derecho de defensa (Artículo 40.b)ii))
- Derecho a un Juez imparcial e independiente y a la posibilidad de interponer denuncia.
- Respeto de las medidas que la Convención establece y necesidad de disponer de alternativas al internamiento.

En definitiva, como apunta Fellini Gandulfo, los artículos 37 y 40 de la Convención contienen normas de Derecho Penal en abierta contradicción con los presupuestos de las medidas y las medidas y procedimiento de ejecución de los modelos tutelares.

Recomendación nº 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

El Consejo de Ministros parte de que las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil debe tener presente la personalidad y las necesidades específicas de los menores y que éstos necesitan intervenciones y, si procede, tratamiento especializado expresando que el sistema penal de los menores debe continuar caracterizándose por su objetivo de educación e inserción social e insistiendo en la utilización de respuestas alternativas a la propia Justicia de menores: mediación, reparación del daño, trabajos en beneficio de la comunidad,...., reiterándose muchas de las Reglas de Beijing a las que se alude.

La Primera Recomendación se refiere a la Prevención y se vincula a la realización de actividades tendentes a la prevención de la inadaptación y de la delincuencia juvenil.

En el apartado 2 se aboga por la elaboración de técnicas de desjudialización.

En el apartado 3 se insiste en el establecimiento de las garantías individuales en el procedimiento, evitando en lo posible la medida de internamiento, recomendando también que la duración de las medidas tengan carácter determinado.

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia, conocidas como Directrices de RIAD, aprobadas por Resolución de la Asamblea General de la ONU 45/112, de 1990.

La Asamblea General de Naciones Unidas estimando que un elevado número de jóvenes, esté o no en conflicto con la ley, se encuentra abandonados, desatendidos, maltratados, marginados o iniciados en el uso indebido de las drogas, consideró necesario

establecer criterios para prevenir la delincuencia juvenil, fruto de ello son las directrices de RIAD, de cuya observancia se exhorta a todos los Estados miembros. En este sentido, las directrices 52 a 59, en relación con la legislación y la administración de menores, concretan previsiones específicas: “52. *Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.*

53. *Deberán promulgarse y aplicarse leyes que prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de los niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas.*

54. *Ningún niño o joven deberá ser objeto de medidas de corrección o castigo severos o degradantes en el hogar, en la escuela ni en ninguna otra institución.*

55. *Deberán aprobarse y aplicarse leyes para limitar y controlar el acceso de los niños y jóvenes a las armas de cualquier tipo.*

56. *A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven.*

57. *Debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. El mediador u otro órgano designado supervisaría además la aplicación de las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de los menores privados de libertad. El mediador u otro órgano publicaría periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas en el proceso de aplicación. Se deberían establecer también servicios de defensa jurídica del niño.*

58. *Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.*

59. *Deberán promulgarse y aplicarse estrictamente leyes para proteger a los niños y a los jóvenes del uso indebido de drogas y de los traficantes de droga.”*

La minoría de edad en los Códigos penales españoles y en el Derecho proyectado.- Código Penal de 1822:

El artículo 23 del primero de los Códigos penales españoles precisaba que no podía ser considerado como delincuente, ni culpable en ningún caso, el menor de 7 años cumplidos. Si el mayor de dicha edad no hubiere cumplido 17 años y cometía alguna acción de carácter delictivo, debía evaluarse si había obrado con discernimiento y malicia, así como el desarrollo de sus facultades intelectivas.

Si se concluye que ha obrado sin discernimiento y malicia, no se le impondrá pena alguna (artículo 24) siendo entregado a sus padres, abuelos, ...; pero si estos no pudieran educarlo, y la edad del menor y gravedad del caso requiriera otra medida, podría el menor ser puesto en una casa de corrección con tal que nunca pase de la época en que cumpla los 20 años.

Si, por el contrario, se declara que ha obrado con discernimiento y malicia, es castigado (artículo 25) con la cuarta parte a la mitad de la pena señalada al delito. En ningún caso se podría imponer la pena de muerte, trabajos perpetuos, deportación,... Además, si el menor comete, con discernimiento y malicia, un delito que tiene prevista la pena capital o de

trabajos forzados, sufriría tan sólo la de 15 años de reclusión. Si el delito merece deportación o destierro, sería sustituido por 10 años de reclusión,...

También se preveía una atenuante en el artículo 107.

Código Penal de 1848:

Al igual, prácticamente, que el del 1850, optó por declarar exento de responsabilidad criminal al menor de 9 años y también al mayor de dicha edad pero menor de 15 años, a no ser que haya obrado con discernimiento. El juez debía declarar expresamente la existencia o no del discernimiento para imponerle la pena o proceder al reconocimiento de la irresponsabilidad (artículo 8). Entre las atenuantes figuraba la de ser el culpable menor de 18 años.

Al menor entre 9 – 15 años, que no estuviere exento de responsabilidad por haber obrado con discernimiento, se le impone una pena discrecional pero siempre inferior en dos grados, por lo menos, a la señalada por la ley al delito que hubiera cometido. Al menor entre 15 – 18 años le aplicaba siempre en el grado correspondiente al grado inferior a la señalada por la ley

Código Penal de 1870:

Mantuvo inalterados los límites de edad establecidos en el anterior con algunos matices, por ejemplo la referencia a las medidas correccionales invocadas por el texto de 1822, en concreto el artículo 8, 2 y 3 declaraba exento de responsabilidad criminal al menor de 9 años y al mayor de dicha edad pero menor de 15 años a no ser que hubiere obrado con discriminación. El Tribunal debía hacer expresa declaración sobre este punto para imponer una pena o declararle irresponsable. Si era irresponsable se entregaba a su familia para que lo vigile y ayude.

En ausencia de personas que se encarguen de esto, sería llevado a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados. Igualmente, cuando el culpable es menor de 18 años se le puede aplicar una atenuante.

Entre las reglas previstas para la determinación de la pena, y en atención a las circunstancias modificativas, el artículo 86 reproducía los criterios de la normativa anterior respecto del mayor de 9 años y menor de 15 que hubiere obrado con discernimiento; pena discrecional pero siempre inferior en dos grados a la señalada por la ley. Respecto al menor entre 1 – 18 años, pena inmediatamente inferior a la legalmente prevista.

Código Penal de 1928:

Entre las causas de incompatibilidad (artículo 56), declaraba irresponsable al menor de 16 años. El presunto responsable que no hubiese cumplido 16 años sería sometido a la jurisdicción especial del competente Tribunal Tutelar para niños, pero mientras exista algún territorio al que no alcance la jurisdicción de los Tribunales Tutelares se aplicará lo que preceptúa el artículo 855.

Igualmente, entre las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal derivadas de la condición del delincuente, estaba la de ser el mismo mayor de 16 años y menor de 18 años en el momento de cometer la infracción, atenuante que, excepcionalmente según el artículo 154, permitía imponer al culpable la pena inmediatamente inferior a la que correspondería en la medida que el juzgador estimare procedente, y no sólo en su mitad inferior como preveía el régimen general

Código Penal de 1932 (republicano):

Declaraba en el artículo 8.2 exento de responsabilidad criminal a los menores de 16 años. Cuando un menor que no hubiese cumplido dicha edad ejecutare un hecho castigado por la ley sería entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores.

La atenuante de ser el culpable entre 16 – 18 años, implicaba siempre la aplicación, en el grado que correspondiere, de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, criterio que era más generoso que el hasta entonces vigente, limitado a la rebaja de un grado, y por ello fue bien acogido por la doctrina.

Este Código consolidó la opción de sustituir el viejo criterio del discernimiento por una fórmula biológica con la que se ganaba en seguridad jurídica.

Código Penal de 1944 (franquista):

Mantuvo las líneas básicas del texto anterior, con algunos retoques no siempre afortunados.

En el artículo 8.2 se fijó en la minoría de 16 años la eximente de responsabilidad criminal, manteniéndose la preceptiva entrega a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores del menor de dicha edad que ejecutare un hecho castigado por la ley.

La novedad vino representada por la incorporación de un inciso con los siguientes términos: *“en los casos en los que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de 16 años por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho realizado antes de cumplir la edad, o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de medida que pudiera aplicarle, confiará al menor a la autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice”*

Tan cuestionada declinatoria de competencias desaparecía con la promulgación de la L.O. de la reforma urgente y parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983, entre otras razones por la vigencia de los Principios constitucionales de la Constitución de 1978 de respeto al Juez natural, así como a la interdicción de imponer sanciones penales de la Administración Civil.

Además, este Código Penal conservaba, al igual que la normativa anterior, la atenuante de ser el culpable menor de 18 años pero mayor de 16 años. La atenuante mantenía la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley. No obstante, se introdujo una novedad en el artículo 65, se permitía al Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en instituciones especiales de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable.

Por último, este criterio legal convivió durante muchos años con la normativa castrense, Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945.

Textos prelegislativos. El Derecho proyectado.

Se suele afirmar con acierto que cada nuevo texto constitucional genera un Código Penal igualmente nuevo. En esta línea, la Constitución de 1978 desencadenó el importante proceso de reforma del sistema penal que cristalizó finalmente con la aprobación del Código Penal de 1995. Entre tanto, se sucedieron diversos proyectos o propuestas que abordaron, no siempre de forma coincidente, la reforma penal de menores.

Proyecto de 1980:

Propuso notables innovaciones respecto de la relevancia, eximente o atenuante, de la minoría de edad, rompiendo así con los topes cronológicos existentes durante muchos años en nuestro país.

El artículo 26.3 pretendió eximir de responsabilidad criminal por razón de edad a los menores de 15 años.

En línea con ello, el artículo 27.3 ampliaba el marco cronológico de la atenuante de los 15 a los 18 años.

Para los menores entre 15 – 18 años estaba prevista la aplicación de la pena inferior en grado a la señalada en la ley, en la extensión que el juzgador estimara adecuada. No es discutible que el proyecto tiene un método de recorte indicador de la represión al limitarse la discrecionalidad judicial a una rebaja en un grado de la pena en vez del tradicional criterio de dos grados.

El artículo 148 del proyecto se señalaba que el menor entre 15 – 22 años que cometiere un delito podría el Tribunal sustituirle la pena de prisión que le fuere impuesta por el internamiento de rehabilitación social para jóvenes delincuentes por período indeterminado hasta conseguir su corrección sin que, en ningún caso, este internamiento excediere de 10 años. Cuando cese el internamiento, se podía establecer o aplicar otras medidas como, por ejemplo, la prohibición de residir,...

El artículo 149 del proyecto tenía previsto que cuando la jurisdicción del Tribunal de Menores que hubiere intervenido, a tenor de las previsiones del artículo 26.3, declinare su competencia respecto a un menor mayor de 15 años por entender que dado el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho antes de cumplirlos, o por razones de las circunstancias del menor, no fuere conveniente la adopción de las medidas que pudiese aplicarle, lo confiará a la autoridad judicial la cual podrá decretar la medida de internamiento prevista en el artículo anterior para los jóvenes delincuentes.

También establecía el artículo 149 una previsión normativa que establecía que del mismo modo podrá actuarse con los menores de 15 años cuando su peligrosidad o rebeldía los haga incompatibles con el tratamiento asignado a los mismos por los Tribunales Tutelares.

Propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 (PANCP):

En su artículo 22.3 declaraba exento de responsabilidad criminal al menor de 18 años.

Añade, además, que cuando el menor de esta edad ejecute un hecho previsto como infracción criminal será entregado a la jurisdicción de los Tribunales Tutelares de Menores. Desaparece la atenuante de la minoría de edad.

El artículo 99 señalaba que al menor entre 18 – 21 años que cometiere un delito podrá el Tribunal, razonadamente, y previstos los informes contenidos en el artículo 87.2, sustituirle la pena de prisión que le fuere impuesta por el internamiento de un centro reeducador para jóvenes delincuentes por un tiempo no superior a dicha pena, sin que en ningún caso este internamiento pueda exceder de 4 años.

Además, en la Disposición Final Segunda se obligaba al Gobierno a remitir en 6 meses a las Cortes Generales un proyecto de ley penal juvenil.

Proyecto de Código Penal de 1992:

Se desechó la idea de elevar la mayoría de edad penal a los 18 años para mantener la vieja fórmula alusiva de los 16 – 18 años como topes cronológicos penalmente relevantes.

El artículo 19.3 declara exento de responsabilidad criminal al menor de 16 años. Cuando el menor de esta edad ejecute un hecho previsto como infracción penal sería puesto a disposición de los Juzgados de Menores.

La minoría de 18 años (artículo 20.3) se convertía en atenuante.

A los menores entre 16 – 18 años (artículo 69) se les aplicaría la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley impuesta en la extensión que el juzgador estimare conveniente, atendidas las circunstancias personal del autor y, en su caso, las circunstancias atenuantes o agravantes.

Cuando el menor entre 16 – 18 años comete un delito que tiene prevista una pena privativa de libertad inferior a 6 años, podrá el juez o Tribunal sustituir su ejecución, total o parcialmente, por el internamiento en un centro reeducador para jóvenes delincuentes por un tiempo no superior al de dicha pena.

Anteproyecto de Código Penal de 1994:

Supuso el enésimo cambio de criterios político-criminales.

Estarán exentos de responsabilidad los menores de 18 años. Se considera atenuante ser el culpable menor de 21 años.

El mayor de 18 y menor de 21 años (artículo 68) se le aplicaría la pena inferior en uno o dos grados, pudiéndose, en los delitos que tienen prevista una pena de privación de libertad menor de 6 años, sustituir la ejecución, de toda o parte de la pena, por internamiento en centro reeducador por un tiempo no superior al de dicha pena.

A pesar de la rapidez con que el anteproyecto cristalizó en el proyecto del 94, la regulación de la minoría de edad resultó alcanzada.

Finalmente el proyecto de Ley Orgánica de 1994 precisaba, en su artículo 20, que los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código Penal y cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable de acuerdo a lo dispuesto en la ley penal juvenil y del menor.

El artículo 69 precisa que el menor mayor de 18 años y menor de 21 años que cometa un hecho delictivo podrían aplicarse las disposiciones de la ley penal juvenil y del menor.

Son éstas las fórmulas que, al menos sin alteraciones sustanciales, terminan por incorporarse al Código Penal vigente.

II. Jurisdicción de Menores en España

Alcanzado el siglo XIX se fue abriendo camino en España una importante normativa tutelar de la infancia, veánse las leyes 23 de enero y 6 de febrero de 1832 que sentaron las bases de la beneficencia española, o el Real Decreto de 17 de febrero de 1901, creador de la Escuela de reforma y corrección en Alcalá de Henares.

El Real Decreto de 1917 ordenó la investigación por la comisión de reforma tutelar de la creación de Instituciones Protectoras de la Infancia con el objeto de conocer su eficacia.

Se creó el camino para soluciones nuevas y para ello fue decisiva la creación de una jurisdicción española separada de la ordinaria, encargada de aplicar, no los códigos y leyes criminales, sino las normas dictadas para niños y adolescentes e inspiradas en tendencias educadoras y de corrección. Se llega así a la ley de 25 de noviembre de 1919 que crea en España los primeros Tribunales para niños.