

Protección al menor en el nuevo Código Penal

Leticia GARCÍA VILLALUENGA*

Resumen

La protección de la familia y de los menores en la Constitución española de 1978 ha impulsado necesariamente cambios en nuestra legislación, tanto estatal como autonómica. En consecuencia España ha adquirido nuevos compromisos en la comunidad internacional a través de la ratificación de diversos tratados. También en el ámbito interno se suceden las reformas legislativas, con el fin de adaptarse al nuevo orden social, económico y político. Era imprescindible un Código Penal que sustituyese al Código decimonónico, ya que ese cuerpo legal es el que tutela los valores y principios básicos de la convivencia social; cuando esos valores cambian, también ha de hacerlo el conjunto de las normas penales.

El Código Penal de 1995 no olvida la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de los menores, que tal vez pueden ser las víctimas más vulnerables de delitos y faltas. Este artículo analiza las numerosas medidas tuitivas que en él se han adoptado.

Introducción

Como señala la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, la Constitución Española de 1978 al enumerar, en el capítulo III del

Abstract

MINORS PROTECTION WITHIN THE NEW PENAL CODE.

Family and minors protection in the Spanish Constitution of 1978 has necessarily driven changes in our national and regional legislation, as a consequence of which Spain has acquired new engagements/obligations in the international community through ratifying several treaties. Also at an internal level legislative reforms do happen, in order to adapt to the new social, economic and political context. A Penal Code that would replace the one from the XIXth century was essential, seeing that this legal body is the one that guards the basic values and principles of social living together; when these values change, the ensemble of penal rules must change too.

1995 Penal Code does not forget minors fundamental rights and public freedoms protection, who maybe are the most vulnerable victims of crimes and defaults. This article analyzes the several tuitive measures that have been taken.

Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención, en primer lugar, a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

* Licenciada en Derecho (UCM). Profesora Titular de Derecho Civil en la EUTS de la UCM.

La ratificación por España de Tratados Internacionales, tan importantes en la protección de menores como la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (BOE 31 de diciembre de 1990), o el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993 (BOE 1 de agosto de 1995), "relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", ha impulsado necesarios cambios en esta materia en nuestra legislación interna, que si bien había tenido un importante desarrollo en los últimos años, tanto en el ámbito estatal¹ como en el Autonómico², necesitaba dar respuesta a unas mayores exigencias de protección que para este colectivo, cada vez en mayor medida, se van consolidando internacionalmente.

El Derecho Penal no ha sido ajeno a esta necesidad de transformación, y así el nuevo Código Penal³ de 1995⁴, ha *aprovechado* la oportunidad histórica que se le brindaba para ofrecer una mayor protección al menor como víctima de delitos y faltas⁵; para ello se ha servido de distintas medidas que trataremos de analizar, aunque someramente, en este artículo.

El menor víctima de infracciones delictivas

La primera pregunta que nos surge cuando se habla del menor como víctima viene referida, necesariamente, a qué debemos entender por *menor*. La Constitución Española

en su artículo 12, establece que "Los españoles son mayores de edad a los 18 años", y en el mismo sentido se manifiesta el Código Civil en el artículo 315, "La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos"; de igual modo, la reciente Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, dice en su artículo 1 que "La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español...", y la Convención de 20 de noviembre de 1989, de los Derechos del Niño, se refiere a él, en su artículo 1, como "... todo ser humano menor de dieciocho años.."; por todo ello, sería lógico afirmar que el CP cuando se refiere al menor lo hace al de dieciocho años⁶.

Sin embargo, esto, que podría predicarse como postulado, no siempre es así, ya que el CP buscando, al parecer, mejor protección para este especial grupo de víctimas, hace distinciones dentro de esa menor edad común, para garantizar aún más los derechos de los que se hallen en los tramos inferiores⁷. No obstante, el CP en otras ocasiones, tal vez, pretendiendo amparar los derechos de todos los menores, elimina límites de edad que establecía el CP derogado al sancionar ciertas conductas⁸, aunque a veces también, y con un criterio poco razonable, entendemos, excluye de su protección a los menores entre dieciséis y dieciocho años; como ocurre en el delito de abuso sexual con engaño⁹ o en el de utilización de menores de dieciséis años en el tráfico de drogas¹⁰.

De lo anterior concluimos que, como regla general, el menor protegido en el CP lo es de dieciocho años¹¹, pero habrá que estar a lo que la norma dispone para el delito concreto.

Cuestión importante a analizar es el alcance que, para ciertos actos, pueda tener el consentimiento del menor ofendido, dada la declaración contenida en el artículo 2.2 de la LO 1/1996 de 15 de enero: "Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva". Así, en cuanto a la capacidad que tiene el menor para perdonar al sujeto activo del delito, extinguiendo la responsabilidad criminal, hay que afirmar que sólo podrá hacerlo a través de su representante legal cuando la ley lo permita. En este caso, 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 condena¹².

En cuanto al consentimiento que un menor de edad pueda otorgar en un delito de lesiones, establece el CP que no será válido¹³. Tampoco parece que tal consentimiento tenga trascendencia para calificar la propia muerte causada por el menor, cuando es inducido a ella por un tercero, como un suicidio, más bien, deberíamos hablar de un homicidio o asesinato, en su caso, siendo el sujeto activo de tal delito autor mediato. Lo mismo podría predicarse de la "eutanasia", ya que requiere voluntad consciente y capa-

cidad de disponer en perjuicio propio del bien jurídico máximo, que es la vida¹⁴.

Como vemos, el menor es la *víctima* más indefensa y por ello los esfuerzos del CP para brindarle un mejor amparo. Efectivamente, como con acierto concluye DOLZ LAGO¹⁵, si se concibe el Derecho penal "más como un Derecho protector del libre ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos que como un Derecho represivo...la figura de la víctima del delito, que sufre la violación de sus derechos y libertades con ocasión de la realización de la acción delictiva, cobra especial relevancia y significado en el estudio de este Derecho". Esto, que es cierto en relación con cualquier víctima, lo es aún más cuando se trata de menores.

Pero el menor no sólo puede ser víctima de la infracción delictiva, también puede serlo del mismo proceso en el que aquella se juzga, por eso el Ministerio Fiscal, defensor de los derechos de los menores, debe atender, como señala PANTOJA GARCÍA¹⁶, a la protección de aquellos en todas las fases del proceso, para que éste no se convierta en una nueva forma de agresión, "cuidando tanto de evitar la exposición innecesaria del menor a las vicisitudes procesales que no sean estrictamente necesarias a los fines del mismo, como a postular la necesaria asistencia técnica cuando las circunstancias de la fase procesal, o las propias circunstancias del menor lo requieran"¹⁷.

El menor de edad, además de la protección que el CP le dispensa por

ser titular de bienes jurídicos¹⁸, que posee por el hecho de ser persona, es sujeto pasivo *específico* en determinadas figuras delictivas, por lo que su protección en dicho cuerpo legal es, lógicamente, más completa que la ofrecida a los mayores de edad¹⁹.

Recogemos a continuación, por su especial interés, la regulación que el nuevo CP realiza de aquellas infracciones delictivas en las que los menores aparecen como víctimas, necesitadas de una mayor defensa, al ver atacados sus derechos e intereses²⁰.

Cuadro esquemático de las infracciones delictivas más destacables en las que el menor es sujeto pasivo

LIBRO I — TÍTULO II DEL CÓDIGO PENAL DE LAS LESIONES		
DELITO	ART. CP	PENA
Causar a un menor de doce años o incapaz, por cualquier medio o procedimiento, una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.	148.3 en relación con el 147.1	Prisión de 2 a 5 años
Ejercer habitualmente violencia física sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro	153	Prisión de 6 meses a 3 años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

Protección al menor en el nuevo Código Penal

LIBRO I — TÍTULO VII DEL CÓDIGO PENAL DE LAS TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL		
DELITO	ART. CP	PENA
Detener ilegalmente o secuestrar a un menor de edad o incapaz	165, en relación con el 163 y 164	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión de 5 a 6 años (detención ilegal). • Prisión de 8 a 10 años (secuestro).

LIBRO I — TÍTULO VIII DEL CÓDIGO PENAL DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL		
DELITO	ART. CP	PENA
Torturar al menor detenido, interno o preso ²¹	174	Prisión de 2 a 6 años si el atentado fuera grave, y de prisión de 1 a 3 años si no lo es. Inhabilitación absoluta de 8 a 12 años, en todo caso.

LIBRO I — TÍTULO VIII DEL CÓDIGO PENAL DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL		
DELITO	ART. CP	PENA
Abusar sexualmente del menor de doce años	181	6 meses a 2 años ²³
Abusar sexualmente con acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, de persona especialmente vulnerable por razón de su edad	182	Prisión de 7 a 10 años
Abusar sexualmente, interviniendo engaño, de persona mayor de doce años y menor de dieciséis	183	<ul style="list-style-type: none"> • Multa de 12 a 24 meses. • Prisión de 6 meses a 3 años, si el abuso consiste en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal

LIBRO II — TÍTULO VIII DEL CÓDIGO PENAL DELINCIAS CONTRA LA FAMILIA MENOR (Cont.)		
DELITO	ART. CP	PENA
Acosar sexualmente ²⁴	184	Arresto de 12 a 24 fines de semana, o multa de 6 a 12 meses
Ejecutar o hacer ejecutar a otros actos de exhibición obscena ante menores de edad	185	Multa de 3 a 10 meses
Difundir, vender o exhibir material pornográfico entre menores de edad	186	Multa de 3 a 10 meses
Inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de una persona menor de edad	187	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses. • Prisión de 2 a 4 años y multa de 18 a 24 meses y además inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, si el sujeto activo realiza las conductas descritas prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público
Determinar coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a un menor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella	188	Prisión de 4 a 6 años y multa de 24 a 36 meses. Inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, además, a los que cometan este delito prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público
Utilizar a un menor con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos	189.1	Prisión de 1 a 3 años

Protección al menor en el nuevo Código Penal

TÍTULO VIII DEL CÓDIGO PENAL		
DELITO	ART. CP	PENA
No hacer lo posible para impedir la prostitución del menor que tuviera bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, cuando tuviese noticia de ella, o no acudir a la autoridad para el mismo fin si carece de medios para su custodia	189.2	Multa de 3 a 10 meses

LIBRO I — TÍTULO X DEL CÓDIGO PENAL DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO		
DELITO	ART. CP	PENA
Descubrir y revelar secretos de un menor de edad ²⁵	197	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión de 2 a 4 años y multa de 18 a 24 meses (descubrir). • Prisión de 3 años y 6 meses a 5 años (revelar). Además, inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, si el sujeto activo fuera autoridad o funcionario público que realizase las conductas prevaleándose de tal condición (198 CP)

LIBRO II — TÍTULO XII DEL CÓDIGO PENAL DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES		
DELITO	ART. CP	PENA
Suposición de parto	220.1 ⁹	Prisión de 6 meses a 2 años. La pena se agrava dependiendo de quién sea el sujeto activo del delito ²⁶ .

LIBRO I — TÍTULO VIII DEL CÓDIGO PENAL DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES (1995)		
DELITO	ART. CP	PENA
Ocultar o entregar a terceros un hijo, para alterar o modificar su filiación ²⁷	220.2	Prisión de 6 meses a 2 años. La pena se agrava dependiendo de quién sea el sujeto activo del delito ²⁸
Sustituir un niño por otro	220.3	Prisión de 1 a 5 años. La pena se agrava dependiendo de quién sea el sujeto activo del delito ²⁹ . La comisión por imprudencia grave en centros sanitarios o socio-sanitarios, se castigará con la pena de prisión de 6 meses a 1 año (art. 220.5).
Quebrantar los deberes de custodia del menor	223	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión de 6 meses a 2 años. • Prisión de 6 meses a 1 año o multa de 4 a 8 meses, si se restituye al menor con las condiciones del art. 225 CP
Inducir al menor al abandono del domicilio familiar ³⁰	224	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión de 6 meses a 2 años. • Prisión de 6 meses a 1 año o multa de 4 a 8 meses, si se restituye al menor con las condiciones del art. 225 CP
Abandonar los deberes legales de asistencia, inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o dejar de prestar la asistencia necesaria, legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados	226	Arresto de 8 a 20 fines de semana ³¹ . 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.

DELITO	ART. CP	PENA
<p>Dejar de pagar durante 2 meses consecutivos o 4 no consecutivos, cualquier tipo de prestación económica establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en casos de separación legal, divorcio, nulidad matrimonial, procesos de filiación o de alimentos a favor de sus hijos</p>	<p>227.1</p>	<p>Arresto de 8 a 20 fines de semana³²</p>
<p>Dejar de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos del art 227.1</p>	<p>227.2</p>	<p>Arresto de 8 a 20 fines de semana³³</p>
<p>Abandonar a un menor de edad o a un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda³⁴</p>	<p>229.1</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión de 1 a 2 años. • Prisión de 18 meses a 3 años, si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales (art. 229.2 CP). • Prisión de 2 a 4 años, cuando se ponga en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave (229.3 CP). • Pena inferior en grado a la prevista para el abandono, cuando éste es temporal.

DELITO	ART. CP	PENA
Abandonar a un menor de edad o a un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda	229.1	<ul style="list-style-type: none"> • Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de 4 a 10 años, si el Juez o Tribunal lo estiman oportuno (Art. CP 233)³⁵
Entregar a un menor de edad o a un incapaz, por la persona encargada de su crianza o educación, a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiera confiado	231	<ul style="list-style-type: none"> • Multa de 6 a 12 meses. • Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de 4 a 10 años, si el Juez o Tribunal lo estiman oportuno (art.233 CP)³⁶ • Prisión de 6 meses a 2 años si se pone en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del sujeto pasivo (231.2)
Utilizar o prestar a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta	232	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión de 6 meses a 1 año. • Prisión de 1 a 4 años si se trafica, a tales fines, con menores de edad o incapaces, se emplea violencia o intimidación con ellos, o se les suministran sustancias perjudiciales para su salud. • Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de 4 a 10 años, si el Juez o Tribunal lo estiman oportuno (art. CP 233)³⁷.

Protección al menor en el nuevo Código Penal

DELITO	ART. CP	PENA
Facilitar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos, o introducirlas o difundirlas en centros docentes	369.1	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión de 9 a 13 años y 6 meses, si son sustancias o productos que causan grave daño a la salud. • Prisión de 3 a 4 años y 6 meses, en los demás casos y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito. • Además inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de 3 a 10 años, si los hechos fuesen realizados por trabajador social, docente o educador, facultativo o funcionario público, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio (Art. CP 372)
Utilizar a menores de dieciseis años en la realización del tráfico de drogas	369.9	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión de 9 a 13 años y 6 meses, si son sustancias o productos que causan grave daño a la salud. • Prisión de 3 a 4 años y 6 meses, en los demás casos y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito. • Además, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de 3 a 10 años, si los hechos fuesen realizados por trabajador social, docente, educador, facultativo o funcionario público, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio (Art. CP 372)

LIBRO II — TÍTULO I DEL CÓDIGO PENAL FALTAS CONTRA LAS PERSONAS		
DELITO	ART. CP	PENA
Solicitar sexualmente a un menor sujeto a su guarda ³⁸	444	Prisión de 1 a 4 años, e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 12 años

LIBRO II — TÍTULO I DEL CÓDIGO PENAL FALTAS CONTRA LAS PERSONAS		
DELITO	ART. CP	PENA
No presentar al menor de edad o incapaz encontrado en situación de abandono, a la autoridad o a su familia, o no prestarle, en su caso, el auxilio necesario	618	Arresto de 3 a 6 fines de semana o multa de 1 a 2 meses.
Apoderarse del menor, sacándolo de la guarda establecida judicial o administrativamente, retirándolo del establecimiento, familia, persona o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado, o no restituyéndolo cuando estuviesen obligados.	622	Multa de 1 a 2 meses.

LIBRO II — TÍTULO II DEL CÓDIGO PENAL FALTAS CONTRA LOS INTERESES DEL MENOR		
DELITO	ART. CP	PENA
Abandonar jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos, en lugares frecuentados por menores	630	Arresto de 3 a 5 fines de semana o multa de 1 a 2 meses.

Principales medidas de protección de menores en el nuevo Código Penal

El nuevo CP, como hemos visto, se configura como instrumento de protección de los menores al tipificar conductas que tienen como sujeto pasivo concreto a este grupo de personas, sancionando el ataque a los legítimos intereses y derechos de aquellas. Hay que destacar el hecho de que el CP no sólo incorpora nuevos tipos delictivos privilegiados con penas atenuadas que, entendemos, responden al fin de disuadir al culpable de la comisión del delito contra el menor o de causarle males mayores³⁹, sino que también establece figuras agravadas para el caso de que el afectado fuera menor⁴⁰.

Contempla también el CP la posibilidad de que personas que asuman la protección o cuidado del menor, tales como acogedores, educadores, etc, puedan ser sujetos activos de ciertos delitos, demostrando la preocupación del legislador por dar respuesta a la realidad del menor, al tratar de garantizar sus derechos ante cualquier situación⁴¹.

Sin embargo, no acaba ahí la defensa de los intereses que a este grupo de población le dispensa el Código, ya que contiene además, como bien señala YZQUIERDO TOLSADA⁴², normas en materia de protección de menores que pretenden garantizar la coordinación entre las jurisdicciones civil y criminal y entre ésta y la Administración; así se pone de manifiesto en la Disposición Adicional Se-

gunda del CP⁴³. De ella se desprende la necesidad de poner en conocimiento de la entidad pública a la que, en el territorio, le esté encomendada la protección de los menores y del Ministerio Fiscal el estado de prostitución en que se encuentre el menor, así como, entendemos con YZQUIERDO TOLSADA⁴⁴, toda situación de desamparo que haya quedado al descubierto en el proceso penal o en una simple actuación policial⁴⁵. Por ello no basta, como el propio CP reconoce, para conseguir una efectiva protección de los derechos del menor con sancionar el ataque de los mismos, también será necesario que tengan conocimiento de la situación de aquél las personas o instituciones competentes que, por ministerio de la Ley, tienen encomendada la tutela de los menores desamparado⁴⁶, sólo así se podrán adoptar las medidas necesarias en interés de aquéllos.

Una forma más de protección de los menores que se desprende del CP es la función que en él se atribuye al Ministerio Fiscal⁴⁷. Así, para proceder en muchos delitos, se le faculta para el ejercicio de la acción punitiva; en delitos como los de agresiones, acoso o abusos sexuales, cuando la víctima sea un menor, basta la denuncia que el Ministerio Fiscal realiza⁴⁸ y en otros delitos contra menores, como el descubrimiento y revelación de secretos, para proceder por ellos, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal, además del representante legal de aquél⁴⁹.

Significativa es también la intervención del Fiscal, que le reconoce el

CP en pro de los derechos de los menores, en el ejercicio de la acción civil derivada del delito. Así, señala PANTOJA GARCÍA⁵⁰, aquél puede solicitar la privación de la patria potestad de los padres cuya condena se pretende, porque “la propia economía procesal y el citado interés del menor que conviene no olvidarlo es lo prevalente en estos casos- exige que, constatado por un Tribunal al ejercer su jurisdicción enjuiciando un hecho concreto que le viene competencialmente atribuido, que tal hecho revela un grave incumplimiento de los deberes de la patria potestad y un daño para el hijo, no se dilate más la privación de aquella potestad que se está ejerciendo con grave daño para el menor, más aún, cuando ese daño, de permanecer en el tiempo, puede ser irreversible”⁵¹.

El CP recoge la posibilidad de que los Tribunales puedan⁵² imponer, a los responsables de ciertos delitos⁵³, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad por tiempo determinado⁵⁴. Sin embargo, esta inhabilitación que, según el CP, priva al penado de los derechos inherentes a la misma⁵⁵, no le exime de las obligaciones de velar por el hijo menor y prestarle alimentos⁵⁶.

El Ministerio Fiscal, en fin, figura, indiscutiblemente, como garante de los derechos de los menores en el nuevo CP, señalando el art. 233.3 que “En todo caso, el Ministerio Fiscal insstará de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor”.

Hasta aquí hemos expuesto las principales medidas protectoras del menor en el nuevo CP, sin embargo, no queremos concluir este punto sin llamar la atención sobre algunas cuestiones. Es significativa la reducción de penas que el actual Código establece para ciertos delitos, así, el abandono de los deberes de custodia tiene señalado una pena de 6 meses a 2 años, mientras que en el anterior CP, la pena era de 12 años y 1 día a 20 años⁵⁷. Otros delitos como la sustracción de menores también han visto rebajada su pena⁵⁸, por lo que si entendemos con DOLZ LAGO⁵⁹ que “la penalidad tiene suma importancia a efectos de prevención general del delito más que de expiación del mismo”, podríamos estar, en algunos casos, ante una desprotección de los menores.

Cuestión a valorar es la necesidad de que la pena, aunque más reducida, permita al sujeto activo cumplirla sin dejar de atender deberes esenciales. Así, la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana, prevista para el delito de abandono de familia⁶⁰, permitirá, en mayor medida, al progenitor que, por ejemplo, haya dejado de pagar a sus hijos la pensión de alimentos establecida en la sentencia de divorcio, hacer frente a tales pagos⁶¹, ya que podrá mantener su trabajo al no ingresar en prisión los días laborables; ésta sí es, realmente, una medida protectora para el menor.

Conclusiones

Como hemos visto, el CP de 1995 otorga al menor una más amplia

cobertura jurídica en defensa de sus derechos⁶², desarrollando el precepto Constitucional de protección a la familia y a la infancia⁶³. No es extraño, por tanto, que se recojan en el Título XII del CP los "Delitos contra las relaciones familiares"⁶⁴, que en palabras de CORTES BECHIARELLI⁶⁵ "tienen como denominador común la defensa del menor y el incapaz".

La necesidad de armonizar la Ley penal con las restantes normas de protección de menores⁶⁶, ha dado como resultado un texto en el que se arbitran medidas para prevenir y sancionar más duramente, en general, el ataque de los derechos de aquéllos. Asimismo, el reconocimiento del papel que, en relación con el menor, juegan las Entidades Públicas, y la exigencia que se les hace desde la norma del buen cumplimiento de sus responsabilidades, así como la importancia que se le da a la figura del Ministerio Fiscal como garante de los derechos del menor, antes y durante el proceso penal, merecen un juicio favorable y la confianza en que esta nueva Ley, aunque no sea todo lo completa y perfecta que nos gustaría⁶⁷, sea aplicada teniendo en cuenta el principio esencial que ha de regir, cuando de menores víctimas se trata, todas las actuaciones penales, el del *INTERÉS DEL MENOR*⁶⁸.

Notas

1 Piénsese, entre otras, en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio; la LO 13/1983, de 24 de octubre sobre tutela; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determi-

nados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, y en el ámbito penal la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.

2 Así podemos citar la Ley 11/85, de 13 de junio, de Protección de Menores de Cataluña; la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 37/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción; Ley 39/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, de la tutela e Instituciones tutelares; Ley 4/1994, de 10 noviembre, de protección y atención a menores, de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia, de la Comunidad Autónoma Valenciana; Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor, del Principado de Asturias; Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia; Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid; Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, de la Comunidad Autónoma de Cataluña y Ley 11/1996, de 29 de julio de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares; Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, de la Comunidad Autónoma de Canarias, y la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia.

3 En adelante CP.

4 LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995), en vigor desde el 24 de mayo de 1996.

5 No obstante, entendemos que el carácter protector del CP con los menores se extiende también a los infractores, aunque no sea materia de este artículo, así parece desprenderse del art. 19.1 al decir que "Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código".

- 6 Respecto a la mayoría de edad penal vid. el art. 19 del CP y la Disposición Transitoria 12^a.
- 7 Así, por ejemplo, la pena en el delito de lesiones del art. 147.1 CP, se agrava cuando la víctima fuera menor de 12 años (art. 148.3 CP). También se hace referencia a los doce años para considerar abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de esta edad (art. 181.2.1^o CP), a este respecto entiende URRRA PORTILLO, Javier, "La Justicia de menores a debate", *ABC*, 26 sep 1997, que el hecho de que hoy un niño de doce años, pueda dar su consentimiento para mantener relaciones sexuales, "no proporciona más libertad, sino que se facilita la inseguridad jurídica y se propicia —sin quererlo— los objetivos de algunos pedofílicos". El Proyecto de Ley de reforma del Código Penal, en trámite, eleva la edad para consentir la relación sexual a 13 años y establece que no será válido el consentimiento "de los mayores de 13 y menores de 15 años respecto a relaciones sexuales con mayores de 18 años". En este punto el Proyecto ha sido muy criticado por diversos grupos políticos, afirmando que se reprime la libertad sexual, vid. EL PAÍS, 12 y 13 de febrero de 1998.
- 8 En los delitos de detenciones ilegales y secuestros, el sujeto pasivo que goza de cobertura en el CP es el menor de dieciocho años, y no sólo el menor de siete, como ocurría en el CP derogado (Vid. art. 165 CP, y el derogado art. 484 CP).
También, en el delito de inducción al abandono del hogar, el art.486 derogado exigía que el sujeto pasivo fuese menor de edad, pero mayor de siete años, mientras que el actual art.224 habla sólo de la inducción al *menor de edad*. Vid. la crítica que de este precepto hace CORTES BECHIARELLI, Emilio, *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, Edersa, págs. 143 y ss.
- 9 Vid. art. 183 CP, en relación con el art. 434, del derogado CP, que resultaba más favorable al menor, pues incluía como sujetos pasivos a todos los menores de dieciocho años.
- 10 Vid. art. 369.9 CP.
- 11 Hay que tener en cuenta que muchos delitos en los que la protección del menor sólo alcanzaba hasta los dieciseis años, actualmente abarcan hasta los dieciocho. Así ocurre con ciertas conductas relativas a material pornográfico, vid. art. 186 CP, en relación con el art. 432 derogado.
- 12 Vid. art. 130 CP.
- 13 Vid. art. 155 CP.
- 14 No olvidemos que la eutanasia supone causar o cooperar activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por su petición expresa, seria e inequívoca, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar (vid. art 143 CP).
- 15 Vid. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, "El menor como víctima", *La Ley*, núm. 4115, año XVII, pág. 1.
- 16 Vid. PANTOJA GARCÍA, Félix, "El Ministerio Fiscal y los menores en desamparo y en conflicto social", *El Derecho y los Servicios Sociales*, Coord. GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, Granada, Comares, 1997.
- 17 En el mismo sentido Vid. DOLZ LAGO Manuel Jesús, Op. cit., pág. 5. A este respecto hay que destacar en Francia, el Proyecto de Ley que, para mejorar la protección a los menores víctimas de agresiones sexuales, presentó la Ministra de Justicia en septiembre de 1997. En él destaca como novedad la posibilidad de grabar en video las entrevistas-interrogatorios con los menores, de manera que se les evite tener que repetir ante las diferentes instancias el relato; es importante también, la nueva regulación que contiene la prescripción de los delitos contra los menores, que comenzará a contar desde el momento en que la víctima haya cumplido los 18 años.
- 18 Vid. art. 3 y ss. de la L.O. 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor que, proclamando que los menores gozarán de los derechos que les reconocen la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, reconocen como derechos del menor: el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, el derecho a la información, a la libertad ideológica, el de participación, asociación y reunión, el derecho a la libertad de expresión y a ser oídos, atribuyendo a los poderes públicos la función de garantes del respeto a tales derechos.
- 19 Así el Título XII del CP lleva por rúbrica "Delitos contra las relaciones familiares", teniendo la defensa del menor un especial protagonismo. Sobre todo lo relativo a estos delitos vid. CERES MONTES, José F. *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código Penal*. Colex, 1997.
- 20 Quede claro que sólo nos referimos a los delitos o faltas en las que el menor aparece

- como sujeto pasivo específico, pero la protección de éstos en el CP va más allá, y deberíamos analizar cada uno de los tipos delictivos del Código para determinar aquélla, lo que resulta materialmente imposible en este trabajo. Sirva de ejemplo el delito de injuria, que no contempla al menor específicamente como víctima, pero que le protege sin duda alguna al ser aquél titular del derecho al honor, según le reconoce la Ley civil.
- 21 El sujeto pasivo ha de ser la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias, o de centros de protección o corrección de menores.
- 22 El CP recoge unas disposiciones comunes para estos delitos: — Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, cuando la víctima sea menor de edad, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal. — Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor, que intervengan como autores en la perpetración de los delitos contra la libertad sexual, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior. — El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de 6 meses a 6 años (Vid. arts. 191 y ss. CP). “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” es el nuevo título que para estos delitos recoge el Proyecto de Ley de reforma del CP. Vid. la nota nº 67 respecto a los tipos delictivos previstos en aquél.
- 23 El abuso sexual de los menores entre doce y dieciocho años se castigará con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el consentimiento se obtenga prevaleándose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, en cuyo caso la pena será de multa de seis a doce meses. En el Proyecto de Ley de reforma del CP, se castiga el abuso sexual del menor de 13 años con pena de hasta 4 años de prisión, y si hay acceso carnal, hasta 12 años.
- 24 El acoso sexual implica solicitar favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación.
- 25 Para proceder por estos delitos es necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, al ser menor también podrá denunciar el Ministerio Fiscal (Art. 201 CP).
- 26 Cuando el delito sea cometido por los ascendientes, lo sean por naturaleza o por adopción, éstos *podrán* ser castigados además de con la pena de prisión correspondiente, con la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el sujeto pasivo de la infracción delictiva, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes, por tiempo de 4 a 10 años.
- Si el delito es cometido por educador, facultativo, autoridad o funcionario público, que realice las conductas tipificadas en los arts 220 y 221 CP, en el ejercicio de su profesión o cargo, la pena será, además de la privativa de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de 2 a 6 años.
- 27 Tipifica también el CP, en su art. 221, la entrega, mediando compensación económica, a otra persona de un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. La pena que el CP prevé es la de prisión de 1 a 5 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad de 4 a 10 años. La misma pena se impondrá a la persona que reciba al menor y al intermediario.
- 28 Vid. lo apuntado a este respecto en relación con el art. 220.1.
- 29 Vid. lo apuntado a este respecto en notas anteriores.
- 30 Entendemos que si el menor está emancipado no cabe este delito, puesto que aquél puede fijar su domicilio con independencia de los padres, tutores o guardadores.
- 31 El delito sólo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Si aquella es menor de edad, incapaz o persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal (art.228 CP).
- 32 Sólo son perseguibles previa denuncia (art. 228 CP).
- 33 Sólo son perseguibles previa denuncia (art. 228).
- 34 Parece el CP querer referirse al guardador de hecho, dada la cualificación del art. 229.2.
- 35 Si el culpable ostenta la guarda del menor por ser funcionario público, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

- 36 Vid. nota anterior.
- 37 Vid notas anteriores.
- 38 El sujeto activo del delito ha de ser el funcionario de Instituciones Penitenciarias, o de Centros de protección o corrección de menores.
- 39 Vid. el art. 225 CP, que contempla una menor pena para los responsables de los delitos de quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción de menores al abandono de domicilio, cuando restituyan al menor.
- 40 Así ocurre con las lesiones.
- 41 Es interesante el estudio que sobre las instituciones de protección del menor realiza VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, Comares, 1995.
- 42 Vid. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal*, Madrid, Dykinson, S.L., 1997, págs. 472, 473.
- 43 Disposición Adicional Segunda del CP: "Cuando la autoridad gubernativa tenga conocimiento de la existencia de un menor de edad o de un incapaz que se halla en estado de prostitución, sea o no por su voluntad, pero con anuencia de las personas que sobre él ejerzan autoridad familiar o ético-social o de hecho, o que carece de ellas, o éstas lo tienen en abandono y no se encargan de su custodia, lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores y al Ministerio Fiscal, para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias. Asimismo, en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, lo comunicará de inmediato a la Entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias".
- 44 Vid. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Op. cit., loc. cit.
- 45 Esta exigencia de coordinar la actuación de las distintas autoridades en pro del menor, tiene también respuesta en la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor (vid. arts. 10, 11, 12 y 13).
- 46 Vid. art. 172.1.1 Código Civil.
- 47 Sobre este punto vid. DOLZ LAGO, Manuel Jesús, Op. cit., pág. 5.
- 48 Vid. art. 191 CP.
- 49 Vid. art. 201 CP.
- 50 Vid. PANTOJA GARCÍA, Félix, Op. cit., pág. 235.
- 51 Vid. La STS de 20 de diciembre de 1993.
- 52 En contra de la utilización del término "podrán ser castigados" en el art. 220 CP, vid. CORTES BECHIARELLI, Emilio, Op. cit., págs. 90 y ss., que censura que la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, quede al arbitrio del Juez o Tribunal.
- 53 Como los de suposición de parto; ocultación o entrega a terceros de un hijo para alterar o modificar su filiación; sustitución de un niño por otro; entrega clandestina de un menor con compensación económica, con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación; incumplimiento de los deberes de asistencia y sustento inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento; abandono de un menor; utilización de menores para la mendicidad (Vid. art. 233), o en los delitos contra la libertad sexual de los menores (vid. art. 192), entre otros. Por tanto, como establece al STS de 10 de octubre de 1994, no es aplicable por analogía a otros supuestos diferentes de los previstos en la ley, y "no tiene encaje legal en los supuestos de homicidio —como el del caso— o parricidio, por lo que procede anular la privación de la patria potestad decidida en instancia".
- 54 En opinión de DOLZ LAGO, op. cit., pág. 5, el tratamiento que el CP da a la privación temporal de la patria potestad, "empeora la situación anterior, donde el Tribunal podía privar definitivamente de esta patria potestad sin obligar al Ministerio Fiscal a acudir a un procedimiento declarativo civil ordinario de menor cuantía para lograr ese efecto" (vid. art. 189 en relación con el 192 CP). Según este autor, si el Tribunal puede imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, o guarda por tiempo determinado, según los delitos, sólo tendrá sentido el ejercicio por parte del Ministerio Fiscal de las acciones judiciales de privación de patria potestad, si ésta se pretende definitiva.
- 55 El CP en su art. 46, dispone que "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". Se trata, como apunta CORTES BECHIARELLI, Emilio, Op. cit., pág. 92, de que el su-

- jeto activo "deje de ser garante de los deberes que impone la patria potestad, y para cuyo ejercicio ha demostrado no estar capacitado como consecuencia de la especial caracterología de su actividad criminal". Vid. el contenido de la patria potestad en el Código Civil, arts. 154 y ss.
- 56 Así se establece en el art. 110 del Código Civil.
- 57 Vid. el art. 223 y art. 485 derogado. En este caso, la explicación está, como señala LANDECHO VELASCO, Carlos y otra, *Derecho Penal Español, parte especial*, Tecnos, 1997, en que el derogado CP tipificaba un delito de sospecha, por lo que al sospecharse la muerte del menor, se castigaba el delito con la pena del homicidio simple, lo que resultaba, ciertamente, excesivo.
- 58 Vid. art. 165 y art. 484 derogado.
- 59 Vid. DOLZ LAGO, Manuel Jesús, op. cit., pág. 5.
- 60 Vid. arts. 226 y 227.
- 61 Sobre el delito de impago de prestaciones, vid. el estudio que hace YZQUIERDO TOL-SADA, Mariano, op. cit., págs. 441 y ss.
- 62 La necesidad de la mayor defensa del menor, viene claramente expuesta en la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/94, de 24 de febrero. Las razones están en "la fragilidad de la infancia, inherente a su inmadurez, que hace precaria su seguridad. Es evidente, sin mayor razonamiento, que el niño carece del sentido del peligro o lo tiene disminuido, resulta más vulnerable en muchos aspectos, necesita por ello de cuidados especiales que la sociedad y las leyes encomiendan a los mayores y su confianza en éstos les convierte en presa fácil de agresiones por muy distintos motivos".
- 63 Vid. art. 39 de la Constitución Española.
- 64 La mayoría de estos delitos, sin embargo, no son nuevos, lo verdaderamente novedoso es su sistematización. En opinión de CORTES BECCHIARELLI, Emilio, op. cit., pág. 33: "bajo esta rúbrica se esconde una nueva concepción del Estado", afirmando el autor, que la "repercusión del art. 39 de la CE en la creación de los "Delitos contra las relaciones familiares" es patente e inmediata, consecuencia de la nueva visión societaria del Estado frente al individualismo dimanante de la Revolución Francesa". En estos delitos, señala CORTES BECCHIARELLI, el CP acude en auxilio del Derecho civil en aquellas situaciones en las que esta rama del Ordenamiento no puede aportar sus propios mecanismos correctores como consecuencia de la especial lesividad de la conducta. *Ibidem*, pág. 34.
- 65 Vid. CORTES BECCHIARELLI, Emilio, op. cit., pág. 15.
- 66 Principalmente, con el Código Civil, la LO 1/96 de 15 de enero, las normas de las CCAA, y los textos internacionales y Comunitarios, a los que nos referimos en un principio.
- 67 Téngase en cuenta el proyecto de reforma del CP en trámite, que trata de subsanar las carencias que el recién estrenado CP ha puesto de manifiesto desde su entrada en vigor; así, los delitos contra la libertad sexual, son los que sufren más modificaciones. Se tipifica el tráfico de personas con propósito de explotación sexual hacia dentro o fuera del territorio nacional, con la intención de "acabar con el turismo sexual"; se incrementan las penas a los abusos sexuales que consistan en acceso carnal y se ejecuten sobre menores y se incluyen nuevos supuestos en los que la violencia o intimidación tenga un carácter especialmente vejatorio o degradante: cuando participen varias personas, haya abuso de superioridad o se utilicen armas u otros medios especialmente peligrosos. Se *reintroduce*, también, el delito de corrupción de menores, castigando "aquellos actos encaminados a iniciar o mantener a los menores o incapaces en una vida sexual precoz o prematura, así como los actos de naturaleza sexual cuya intensidad, persistencia o continuidad puedan alterar el proceso normal de formación o desarrollo de la personalidad de aquellos", la pena para este delito es de prisión de dos a 4 años y multa de hasta 36 millones de pesetas. En cuanto a la utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, así como en la elaboración de material pornográfico, en el Proyecto se castiga "no sólo la producción, venta, distribución, exhibición o tenencia de dicho material, sino también a quién disfrute de dicha explotación con su asistencia a espectáculos donde se exhiben a dichos menores, favoreciendo con su conducta la existencia de estos fenómenos atentatorios contra la dignidad humana".
- 68 Vid. art. 2.1, de la LO 1/96 de 15 de enero.

Leticia GARCÍA VILLALUENGA