

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

3ª Edición

SERGI CARDENAL MONTRAVETA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Barcelona

tirant lo blanch

Valencia, 2024

Capítulo 1.

El derecho de protección de los menores

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal y el derecho de protección de los menores —a los que muchas veces se alude con las expresiones derecho de reforma y derecho de protección de menores— son, seguramente, los sectores del ordenamiento jurídico más relevantes en relación con la prevención de la delincuencia que pueda protagonizar aquel colectivo. La aplicación de uno de estos sectores del ordenamiento jurídico no siempre excluye la del otro. Ambos pueden aplicarse de forma complementaria. El derecho penal se ocupa siempre de hechos delictivos y de las leyes, normas, valoraciones y principios referidos a tales hechos y a sus consecuencias de naturaleza penal. En cambio, el derecho de protección de menores no se ocupa únicamente de la prevención de la delincuencia. El ordenamiento jurídico no protege sólo el derecho de los menores a que les enseñen a convivir sin cometer hechos descritos como delito y a disponer de los medios necesarios para ello. Pero el hecho de que el ordenamiento jurídico también proteja este derecho y se oriente, así, a la prevención de los delitos que pueda cometer este colectivo, justifica que exponamos aquí los rasgos esenciales del derecho de protección de menores, sin desconocer que la realidad no siempre coincide con su regulación jurídica.

“Los españoles son mayores de edad a los 18 años” (art. 12 CE; ver también arts. 29 y 240 CC). Pero esta circunstancia no excluye que el ordenamiento jurídico reconozca a los menores la titularidad de derechos y deberes, y una capacidad progresiva para ejercer los primeros y cumplir los segundos. También a los menores extranjeros (ver art. 13 CE).

El art. 3 LOPJM dispone: *“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social (...). Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional”*.

siempre que el interés del menor así lo aconseje, estableciendo un adecuado régimen de relaciones familiares y planes o programas de reintegración familiar” (DE PALMA, 2011: 188). En definitiva, corresponde a los padres o tutores (ordinarios) el papel principal, mientras que a los poderes públicos se asigna un papel subsidiario y complementario. Como se dice en la Inst. FGE 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores (ap. 1): “Los arts. 12 y 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad (art. 154 CC) o por sus sustitutos (tutores, guardadores) y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal)”.

Según la intensidad de la desprotección de los menores, nuestro ordenamiento jurídico distingue entre **situaciones de riesgo** y de **desamparo** (arts. 17 y 18 LOPJM). En las primeras, los poderes públicos ayudan a los padres o tutores ordinarios a cumplir su función protectora sin separar al menor de su entorno familiar. En cambio, la situación de desamparo comporta la asunción de la tutela por los poderes públicos y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria; pero se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste (arts. 172 y 222 CC). Los poderes públicos también asumirán la guarda del menor en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata (arts. 14 LOPJM y 172.4 CC) y “*cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda*” (arts. 19 LOPJM y 172 bis CC). La asunción de la tutela o guarda del menor comportará la elaboración de un plan individualizado de protección que valore el retorno con la familia de origen, el correspondiente programa de reintegración familiar y la revocación de la declaración de la situación de desamparo (cfr. arts. 19 bis LOPJM y 172.5 CC). La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar; si este no fuere conveniente o posible, se realizará mediante el acogimiento residencial, que se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor pero, salvo que sea contrario al interés de este, se priorizará su reintegración en la propia

necesidades educativas en la normativa interna de funcionamiento. Por su parte, el art. 21 bis.h) y j) alude al derecho de los menores acogidos a recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico que sea necesario.

II. EL MARCO LEGAL Y LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA PROTECCIÓN DE MENORES

Desde un punto de vista material podemos distinguir entre la **legislación administrativa**, relativa a la protección de los menores por parte de los poderes públicos y, por otra parte, la **legislación civil**, que se ocupa de la protección que deben dispensar los padres y los particulares que tienen la condición de tutores o guardadores.

Desde el punto de vista del **origen** de los textos normativos y de la **competencia legislativa**, lo dispuesto en el art. 39 CE se complementa y desarrolla, por una parte, en los tratados internacionales sobre protección de menores (especialmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) y, por otra parte, en la legislación de origen y ámbito de aplicación exclusivamente estatal o autonómico.

El **Estado** tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales y especiales, allí donde existan. Y también tiene competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia, de legislación penal y penitenciaria, así como en materia de legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (art. 149.1 aps. 5º, 6º y 8º CE). El art. 81.1 CE establece: “*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (...)*”. A su vez, las **Comunidades Autónomas** han asumido la competencia exclusiva en materia de protección de menores, como parte de su competencia en el ámbito de la “*asistencia social*” (art. 148.1. ap. 20 CE). Este panorama explica que, desde el punto de vista de la competencia legislativa, la regulación sobre la protección de menores puede ser una regulación estatal —de carácter exclusivo (cuando desarrolla derechos fundamentales [art. 81.1 CE] o se trate de derecho civil, sin perjuicio de la normativa que dicten las CCAA con competencia en esta materia [art. 149.1.8 CE]), o de carácter supletorio (legislación en materia de asistencia social, cuando las CCAA hayan asumido y ejercido la

necesidades educativas en la normativa interna de funcionamiento. Por su parte, el art. 21 bis.h) y j) alude al derecho de los menores acogidos a recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico que sea necesario.

II. EL MARCO LEGAL Y LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA PROTECCIÓN DE MENORES

Desde un punto de vista material podemos distinguir entre la **legislación administrativa**, relativa a la protección de los menores por parte de los poderes públicos y, por otra parte, la **legislación civil**, que se ocupa de la protección que deben dispensar los padres y los particulares que tienen la condición de tutores o guardadores.

Desde el punto de vista del **origen** de los textos normativos y de la **competencia legislativa**, lo dispuesto en el art. 39 CE se complementa y desarrolla, por una parte, en los tratados internacionales sobre protección de menores (especialmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) y, por otra parte, en la legislación de origen y ámbito de aplicación exclusivamente estatal o autonómico.

El **Estado** tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales y especiales, allí donde existan. Y también tiene competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia, de legislación penal y penitenciaria, así como en materia de legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (art. 149.1 aps. 5º, 6º y 8º CE). El art. 81.1 CE establece: “*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (...)*”. A su vez, las **Comunidades Autónomas** han asumido la competencia exclusiva en materia de protección de menores, como parte de su competencia en el ámbito de la “*asistencia social*” (art. 148.1. ap. 20 CE). Este panorama explica que, desde el punto de vista de la competencia legislativa, la regulación sobre la protección de menores puede ser una regulación estatal —de carácter exclusivo (cuando desarrolla derechos fundamentales [art. 81.1 CE] o se trate de derecho civil, sin perjuicio de la normativa que dicten las CCAA con competencia en esta materia [art. 149.1.8 CE]), o de carácter supletorio (legislación en materia de asistencia social, cuando las CCAA hayan asumido y ejercido la

