



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Fernández Aparicio, Juan Manuel
La protección de los menores en España
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLI, núm. 123, septiembre-diciembre, 2008, pp. 1233-
1258
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42712304>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN ESPAÑA*

Juan Manuel FERNÁNDEZ APARICIO**

RESUMEN: Una sociedad avanzada se caracteriza por saber tutelar adecuadamente los intereses de aquellos segmentos de la misma que resulten más vulnerables. Qué duda cabe que el ser humano en formación, como es el caso de un menor, debe provocar una especial atención por parte de los poderes públicos. Esta tutela puede articularse a través de diferentes ramas del derecho y va a estar en función de qué bien jurídico se lesiona y de la intensidad en la lesividad del bien. Obviamente el derecho penal y procesal penal en una sociedad democrática ha de articular eficaces mecanismos de tutela. Veremos a lo largo de las líneas que siguen qué formas específicas de protección hacia los menores existen en el ordenamiento jurídico español. Hay una primera protección, en manos de la administración, que pretende evitar dejar a los menores desamparados. Una segunda protección esencialmente civil, compatible con la primera, pensada también para casos de especial urgencia. Y una tercera protección puramente penal, pensada para los menores víctimas de delitos, tanto si éstos han sido cometidos por mayores como por menores.

Palabras clave: sociedad avanzada, especial atención, menores.

ABSTRACT: *An update society is featured by a correct protection on its weakest segments. No doubt about children ought to have a special care on government. This guardianship must be on justice that determines if rights are damaged or not. Procesal an Penal Law must possess right children mechanism. We will see in the following pages what kind of specific children protect are in Spanish Law, a fist protection that tries to avoid left children. A second one, Civil essentially and matched for the fist one in emergency situation. There is a Penal third one, thinking in children victims of offence caused by adults and children.*

Descriptors: *update society, special care, children.*

* Artículo recibido el 21 de enero de 2008 y aceptado para su publicación el 28 de marzo de 2008.

** Fiscal en la Audiencia Provincial de Jaén, Andalucía, España.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Protección administrativa*. III. *Protección civil*. IV. *Aspectos penales*. V. *El delito de maltrato cuando los agresores son menores de edad*. VI. *Especial referencia al menor extranjero*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La historia nos ha demostrado cómo la protección que se dispensa a los menores ha ido evolucionando desde una primera etapa en la que carecía absolutamente de protección, hasta la actual sensibilización por parte de la sociedad y de los poderes públicos, considerando que los menores siempre deben ser objeto de especial protección social, civil y penal.

Las primeras noticias que se tienen de una protección judicial frente a una menor maltratada datan de 1874 cuando el Tribunal de Nueva York castigó a los agresores de una niña, Mary Hellen, pero no por aplicación de una ley de protección de los menores o de protección de las personas en general, sino gracias a una ley de defensa de los animales al considerar que un niño no era más que animal indefenso.¹

Desde entonces fueron surgiendo voces que proclamaban la necesidad de una defensa y protección más específica que se plasmase en textos internacionales, surgiendo primero este interés en las organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo fijando una edad mínima para trabajar en sectores tales como la industria y el trabajo agrícola. Pero no fue hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, cuando de forma expresa se recogió en el artículo 25.2 el derecho a la infancia, a cuidados y asistencia especiales, reiterándose en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 o el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, habiendo sido ambos ratificados por el Reino de España el 28 de septiembre de 1976.²

¹ Gimeno Jubero, Miguel Ángel, "Menores maltratados: derechos de la víctima y garantías del proceso", *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1989, pp. 171-210.

² BOE de 30 de abril de 1977.

Como colofón de todo este proceso, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueban unánimemente en 1959³ la Declaración Universal de los Derechos del Niño, fijando y enumerando los derechos de los niños, reconociendo como tales a todos los niños sin excepción, distinción o discriminación. El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir de la cual los estados firmantes reconocen que existen una serie de derechos inherentes a toda persona, sin que se exista concesión de ninguna clase.

Probablemente, y como bien indica Castro,⁴ en el nuevo milenio se observa un mayor desvalimiento y vulnerabilidad de los menores provocado por multitud de factores cuyo análisis desbordaría los límites de este trabajo.

En España, la Constitución recoge expresamente en el artículo 39.4⁵ la especial protección que se les debe dispensar a los menores remitiéndose a los tratados internacionales sobre la materia. Coincido con Gómez Sánchez⁶ cuando a diferencia de la Constitución de 1931 que se remitía en su artículo 43 a la Declaración de Ginebra, la actual no se refiere a texto concreto alguno sino que es una cláusula abierta que permite remitirse a todo acuerdo internacional en el que España sea parte. El desarrollo de este precepto lo encontramos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que regula en el ámbito estatal la protección de menores y el reconocimiento de los derechos instituidos en las normas internacionales, afirmando la primacía del interés superior del menor frente a otros intereses legítimos.

Como vemos, partimos de la base de que los menores necesitan una especial protección frente a cualquier clase de conducta negativa a la que se puedan enfrentar, y es que las circunstancias familiares, psicológicas, de personalidad, etcétera, del menor hacen que sea una

³ Resolución 1386 (XIV), aprobada el 20 de noviembre de 1959.

⁴ Castro, Julio César, "Niños en riesgo. Advertencia sobre las injerencias de los adultos", *Revista del Ministerio Público Fiscal*, Buenos Aires, núm. 17, julio de 2006, pp. 75 y ss.

⁵ "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

⁶ Gómez Sánchez, Yolanda, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1990, p. 344.

víctima especialmente vulnerable a la que se le debe dispensar esa protección especial y mayor.

Pensemos que en el caso de que el menor haya sido víctima de un delito en general o de maltrato en particular, se va a enfrentar a dos situaciones muy complicadas: es víctima de un delito contra su integridad física y/o moral cometido por un familiar directo suyo al que normalmente va a estar muy ligado, y además debe acudir como testigo a declarar contra estas personas tan allegadas. El menor sufre un doble proceso de victimización dado que por un lado es víctima directa de un delito, y puede que no sepa exactamente cómo reaccionar al estar su personalidad en formación, por temor a represalias, o por tener una aún débil voluntad, lo que hace que las consecuencias se agraven. Y además porque como testigo que es debe participar en la instrucción y enjuiciamiento, sufriendo tal impacto en su psique que también iniciará un segundo proceso de victimización, al tener que recordar experiencias traumáticas pasadas.

Analizaremos cuáles son las medidas de protección que desde el punto de vista civil y especialmente penal se le pueden ofrecer a los menores, víctimas de un delito, especialmente de delitos de violencia doméstica, haciendo una breve referencia a la actuación administrativa y a los menores agredidos por otros menores.

En todos estos supuestos debemos partir de una premisa básica, y es que estas medidas de protección se dispensarán a todos los menores que se encuentren en territorio nacional, independientemente de que sean españoles o extranjeros residentes legales o ilegales. Por el mero hecho de ser español y residir en España, merece esta especial protección.

II. PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA

Las administraciones públicas tiene la obligación legal de intervenir en todos aquellos casos en los que los menores puedan estar en situación de desamparo, muy especialmente cuando puedan ser objeto de malos tratos en el ámbito familiar.

Como indica Lorca Martínez,⁷ la naturaleza jurídica de la intervención de la administración pública es harto compleja. Compartimos su tesis de que esta intervención se encuentra en la frontera de lo civil, lo administrativo-facultativo y lo administrativo sancionador.

El Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil sin perjuicio de la normativa que dicten al respecto las comunidades autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial que, de haberlo, será de aplicación preferente. En materia de *asistencia social*, las comunidades autónomas que lo tengan reconocido en sus respectivos estatutos de autonomía pueden dictar normas relativas a la regulación legal y organización de medios de asistencia para los menores necesitados.

De esta manera, en cada comunidad autónoma deberán crearse organismos encargados de detectar situaciones de riesgo en las que se puedan encontrar los menores, evaluarlas e intervenir cuando haya riesgo o desprotección infantil. En este primer ámbito hablamos de una *intervención puramente administrativa* puesto que es la administración, normalmente la autonómica, la que detecta si el menor está en una situación de desamparo.

Muy sucintamente vamos a hacer alusión al marco normativo de cada una de las 17 comunidades autónomas existentes en España:

1o. En Andalucía, el Estatuto de Autonomía (artículo 13.23) atribuye a la comunidad autónoma competencias exclusivas en materia de protección de los menores que residan en su territorio. El principio básico que guía esta acción protectora es el bienestar infantil, haciendo hincapié en aquella parte de la población que se encuentra en situación de dificultad social.

La Ley 1/1998 de Andalucía se encarga de los derechos y la atención al menor, estos derechos entroncan con los reconocidos en convenciones internacionales: derecho a la educación, a la salud, a la integración, a la cultura y al ocio, a ser oído, a la identificación, al honor, a la intimidad y a la propia imagen, etcétera. Y todos ellos son respaldados por leyes que regulan su cumplimiento y plantean actuaciones específicas.

⁷ Lorca Martínez, José, "Las medidas de protección de menores y la intervención de la entidad pública en la LO 5/2000 de responsabilidad penal de los menores", *Estudios jurídicos*, vol. I: *Ministerio Fiscal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2001, p. 87.

2o. En Aragón, el Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, establece en su artículo 35.1.19 la competencia exclusiva de la comunidad autónoma en materia de asistencia, bienestar social, desarrollo comunitario y juventud, promoviendo las condiciones para su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural.

Con base en estas previsiones estatutarias, los reales decretos 1870/1984, de 8 de febrero, y 2051/1985, de 9 de octubre, traspasaron a la Comunidad Autónoma de Aragón las funciones y servicios de la administración del Estado en materia de protección de menores. El actual marco normativo lo constituye la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores.

3o. La Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias, establece en su artículo 10.1.p) la competencia exclusiva de la comunidad autónoma en materia de *asistencia y bienestar social, incluida la política juvenil*, entre la que se encuentra, ineludiblemente, la protección de menores. Desarrollando este precepto se dictó la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor.

4o. En Baleares, es la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia la que desarrolla el marco estatutario en este ámbito.

5o. En Canarias, es el Decreto 54/1998, de 17 de abril (BOC, núm. 55, 6.5.98) por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

6o. Igualmente a la Comunidad Autónoma de Cantabria le corresponde la competencia exclusiva en materia de protección de menores residentes en su territorio. Esto comporta la constitución y aplicación de los distintos instrumentos que dan lugar a la acción protectora de la administración; todo ello con el objetivo final de conseguir un mayor nivel de bienestar para los menores de Cantabria. La ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia tiene por objeto la atención y protección de la infancia y adolescencia en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria para garantizar el ejercicio de sus derechos y su desarrollo integral en todos los ámbitos de convivencia. Asimismo, la Ley regula la actuación que en materia de protección de menores lleven a cabo las instituciones públicas y privadas de la región.

7o. El Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, establece en su artículo 31.1.20 y 31 como competencia exclusiva de la administración autonómica la asistencia social y servicios sociales, así como la protección y tutela de menores. El posterior desarrollo se efectuó por la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha.

8o. El artículo 32.1.19a. y 20a. del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, fundamentan y facultan a esta comunidad como al resto de las comunidades españolas a tener su propio ámbito competencial y normativo que se recoge básicamente en la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León.

9o. En Cataluña, es la Ley catalana 8/2002, de 27 de mayo, de Modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, y de Regulación de la Atención Especial a los Adolescentes con Conductas de Alto Riesgo Social la que constituye el marco legal básico en esta materia, y que desarrolla el marco estatutario aprobado en 1979 y modificado por LO 6/2006 de 19 de julio.

10o. En Extremadura, es la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores, la que se ocupa de la tutela administrativa de los menores.

11o. En Galicia, a diferencia de otras comunidades, lo regula dentro de su código civil. En efecto, el Estatuto Gallego de 1981 posibilitó la aprobación de la Ley 2/2006, de 7 de junio, de Derecho Civil de Galicia, cuyo título I se refiere a protección de menores.

12o. En Navarra, es la Ley Foral 15/2005 de 5 de diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia la que desarrolla las competencias estatutarias en esta materia.

13o. En Madrid, es la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid la que desarrolla el artículo 26.1.24 del Estatuto madrileño relativo a la protección de menores.

14o. En Murcia, es la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia la que se ocupa de esta materia.

15o. En La Rioja, es la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja la que desarrolla el artículo 8.1.32 del Estatuto riojano.

16o. En Valencia, con fecha 15 de febrero de 2008, el gobierno autonómico valenciano aprobó el Proyecto de Ley de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, que recupera la figura de *Pare d'Òrfens*, recogida en el derecho foral valenciano, y que actuará como comisionado del menor.

17o. Por último, el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, en su artículo 10, apartados 12, 14 y 39, atribuye a la comunidad autónoma competencia exclusiva en materia de asistencia social, protección y tutela de menores, reinserción social y política infantil y juvenil. A su vez, el gobierno vasco ha transferido a cada diputación foral de las provincias vascas (denominadas territorios históricos) la competencia en esta materia.

El grado de intervención varía según cuáles sean las circunstancias en las que se encuentra el menor, pero si se cree que puede haber indicios de que un menor está siendo víctima de un delito de malos tratos, lo primero que tiene que hacer es dictar la resolución por la que se le declare en desamparo, extraerlo del ámbito familiar si ése es el origen de los malos tratos y comunicarlo de forma inmediata al fiscal para que supervise la actividad administrativa.

Durante la instrucción del procedimiento penal, será decisión de las autoridades administrativas determinar si el menor debe ser reintegrado a su domicilio o si debe permanecer en el centro de protección. Obviamente, cualquier decisión judicial sobre la continuación o el archivo del procedimiento debe ser inmediatamente comunicada a las autoridades administrativas a fin de que tome su decisión con los mayores datos posibles.

Esta intervención administrativa no puede ser confundida con una intervención judicial; son las autoridades administrativas las que deciden cuándo intervenir, de qué forma, sobre qué sujetos, qué medidas deben adoptarse. La intervención del Ministerio Público se limita exclusivamente a supervisar la legalidad de los actos llevados a cabo mediante la recepción de informes, actuando como simples garantes. Pero ello no debe implicar pasividad sino, como subraya Segarra

Crespo,⁸ el fiscal como superior vigilante del menor debe comprobar si la resolución administrativa está motivada y en caso contrario exigirla.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que a veces no basta con una protección administrativa, ajena a organismos judiciales. En ocasiones es necesario acudir a medidas civiles y hasta penales para garantizar de una manera más efectiva la protección de los menores víctimas de los delitos de malos tratos.

III. PROTECCIÓN CIVIL

Dentro de la protección civil, vamos a hacer referencia a la posible aplicación del artículo 158 del Código Civil (CC) así como al aspecto civil de la Orden de Protección.

El *artículo 158* del CC⁹ es un procedimiento que pretende apartar al menor de un posible peligro, pudiendo ser dicho peligro de índole asistencial (deseo imperioso de los padres de llevarse a su hijo recién nacido del hospital sin haberle efectuado pruebas médicas imprescindibles), civil (entrega de los menores al progenitor no custodio), o penal (malos tratos). Es un procedimiento netamente judicial puesto que será el juez quien valore la existencia de esta fuente de peligro, la in-

⁸ Segarra Crespo, Ma. J., ponencia “El fiscal y las entidades públicas. Cuestiones problemáticas en el desarrollo de medidas de protección en relación con los menores de edad”, en curso El Fiscal y la Protección de los Menores. Experiencias, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2006. El texto completo puede consultarse en www.cej.justicia.es.

⁹ Dice este precepto: “El juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1o. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres. 2o. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3o. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiese extendido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor./ 4o. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios./ Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

cidencia en el menor y la viabilidad de conceder esta medida tan urgente y excepcional.

Es un procedimiento pensado para ser instado en cualquier momento, de forma urgente si es preciso. Por eso se pueden interesar estas medidas en el curso de un procedimiento civil relativo a nulidad matrimonial, separación o divorcio, independientemente de la fase procesal en la que se encuentre. También puede interesarse alguna de estas medidas en el curso de un procedimiento penal, nuevamente con independencia del momento procesal en que se halle. Pero sobre todo, la gran ventaja de este precepto es que aunque exista un proceso penal o civil abierto, puede interesarse alguna de estas medidas de forma urgente mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

La primera cuestión que se plantea es qué juez es el competente: el que por turno corresponda, el juez civil o penal que conoce del asunto principal, cualquier juez de primera instancia que no conozca del asunto principal, o el de instrucción que esté de guardia.

Si existe un procedimiento civil o penal y se ha decidido que el mismo juez que conozca del asunto principal debe estudiar esta situación urgente, no cabe duda que deberá plantearse el artículo 158 del CC ante este juez. Pero, qué sucede si surge este peligro fuera de las horas de apertura del Juzgado que conoce del asunto principal, o si se hace uso de esta vía de forma ajena al procedimiento principal porque no se desee o porque no exista. Puesto que se trata de un procedimiento pensado para que con absoluta urgencia se adopte una decisión judicial encaminada a proteger los intereses de los menores, si surge la necesidad fuera del horario de trabajo o no existe procedimiento civil o penal previo, o aun existiendo no se quiere acudir a este juez, creo que no cabe duda que será el juez de instrucción en funciones de guardia el competente para examinar esta petición y pronunciarse al respecto.

Esto debe entenderse sin perjuicio del acuerdo que se haya alcanzado en la junta de jueces. Es decir, si se ha presentado la petición ante el juez de guardia y en una previa junta de jueces se acordó que otro juez sería el competente, el de guardia debería inhibirse a favor del competente. Pero si la junta de jueces no se pronunció sobre esta norma de reparto, sería el mismo juez de guardia el que debería examinar la petición. Sea cual sea el competente, no se deben usar las

normas de reparto para desvirtuar este procedimiento, primando la formalidad sobre la urgencia del caso.

Indica también el artículo 158 del CC civil quiénes están legitimados:

a) Cualquier pariente del menor, sin limitación de grado. Es una legitimación totalmente lógica porque normalmente son los propios familiares los que conocen de la situación en la que se encuentra el menor, y debe permitírseles actuar en defensa y protección de los intereses de los niños.

b) El fiscal, ya sea porque actúe de oficio, ya sea porque lo haga a petición de alguien con interés en el asunto (familiares, hospitales, servicios sociales, etcétera). Esta legitimación no es más que una consecuencia del artículo 124 de la Constitución Española¹⁰ y del artículo 3o. del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹¹ que propugnan la intervención activa del Ministerio Fiscal en la defensa de quienes no pueden actuar por sí mismos, especialmente si son menores.

c) El juez, al actuar tanto de oficio como a instancia del propio hijo.

Respecto a las medidas que se pueden solicitar, se incluyen:

a) *Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.* Como se ve, es un derecho de alimentos instado con carácter urgente, que no elimina la posibilidad de acudir a los procesos apropiados para garantizar la prestación de alimentos.

b) *Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.* Es una medida

¹⁰ Dice este precepto: “El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

¹¹ El artículo 1o. del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal transcribe casi literalmente lo preceptuado en el artículo 124, CE, indicando el artículo 3.7, EOMF, que para el cumplimiento de las funciones fijadas en el artículo 1o., le corresponde al Ministerio Fiscal “asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos”.

muy genérica que debe ser concretada en cada caso, pero en todo caso sería viable cuando un progenitor deje de ser el custodio y no quiere entregarle el menor al otro progenitor.

c) *Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:*

1o. *Prohibición de salir del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*

2o. *Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*

3o. *Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

Los artículos 223, 225 y 225 bis del Código Penal (CP) tipifican la conducta consistente en el quebrantamiento de los deberes de custodia y la sustracción internacional de menores, sancionando al custodio de un menor de edad que no lo restituya a sus progenitores o guardadores, y al progenitor que sin causa justificada traslade al menor del lugar de su residencia sin consentimiento del otro progenitor, de la institución que se ocupe de su custodia o de quien conviva habitualmente, o bien lo retenga incumpliendo gravemente lo establecido por resolución administrativa o judicial. Pero el CP no tiene un carácter preventivo sino represivo, esto es, sanciona conductas ya cometidas, sin que se contemplen en estos tipos medidas tendentes a evitar la comisión de estos hechos delictivos.

Si se tiene un temor fundado y real de que el otro progenitor o terceras personas pueden sustraer a un menor de su entorno habitual sin tener autorización para ello, la vía más rápida es acudir al artículo 158 del CC para que de forma inmediata y urgente se trasladen al juez los temores de sustracción y se fijen judicialmente las medidas necesarias para proteger al menor y evitar este peligro. No se trata de que se tenga un presentimiento, una intuición, un convencimiento interno o una sospecha, sino que tiene que ser un temor objetivamente contrastable.

d) En general, *las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.* Si excluyéramos este último apartado, pensaríamos que se trata de un *numerus clausus* porque en los tres primeros números consigna detalladamente las medidas, para luego en el cuarto número introducir una regla genérica

que será determinada casuísticamente. Es absolutamente necesaria la inclusión de esta medida genérica para permitir la aplicación de este procedimiento en casos de extrema necesidad. En todo caso, los tres primeros números sirven para orientarnos respecto a la naturaleza urgente y perentoria de las medidas a adoptar, mientras que el último nos legitima para formular una petición no recogida en los primeros números que por su propia naturaleza no pueda esperar y deba de decidirse sobre su concesión de forma inmediata.

Existe otra posibilidad de solicitar medidas civiles de protección de los menores víctimas de delitos, especialmente de malos tratos, y es *el contenido civil de la Orden de Protección* regulada en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.¹² Este precepto regula la posibilidad de petición de protección por parte de una víctima de violencia de género doméstica o de delitos o faltas contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, entre ellas, los menores que convivan con el agresor sea cual fuere la relación que una al menor con el agresor. Esta Orden de Protección le permite al juez de instrucción que haya incoado un procedimiento penal por la comisión de uno de estos hechos delictivos adoptar medidas penales y medidas civiles.

Las medidas cautelares civiles de la Orden de Protección, cuando existan hijos menores o incapaces, pueden ser solicitadas por la víctima o su representante legal o por el Ministerio Fiscal, y pretenden atribuir con carácter temporal el uso y disfrute de la vivienda familiar al progenitor víctima de estos delitos y a los hijos, régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, régimen de prestación de alimentos, y cualquier medida necesaria para apartar al menor del peligro o evitarle perjuicios.

La solicitud de estas medidas dentro del contenido de la Orden de Protección Integral se entiende sin perjuicio de la posibilidad de acudir al artículo 158 del Código Civil.

Estas medidas civiles de la Orden de Protección tendrán una duración máxima de 30 días condicionadas a la presentación de una de-

¹² Precepto añadido por el artículo 2o. de la Ley 27/2003, de 21 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.

manda de proceso de familia ante el juez civil, el cual puede ratificarlas, modificarlas o dejarlas sin efecto. Así pues, pretenden paliar temporalmente una situación que se ha creado a raíz de la incoación de un procedimiento penal mediante la intervención urgente e inmediata del juez instructor, pero su persistencia queda vinculada a dos condiciones. Se debe presentar la demanda del proceso de familia ante el juez civil que corresponda, independientemente del estado en que se encuentre el procedimiento penal o cual fuere el resultado de éste. Si transcurrido el plazo señalado por la ley no se ha interpuesto la demanda, se considera que quedarán sin efecto estas medidas civiles acordadas por el instructor. Una vez presentada la demanda, el juez civil debe pronunciarse sobre las medidas civiles que estableció el juez instructor, y puede ratificarlas tal cual o modificarlas (ya sea en beneficio o en detrimento de la víctima).

Nuevamente queda patente la intención del legislador de permitir la adopción de medidas inmediatas de protección civil de las víctimas de determinados delitos.

IV. ASPECTOS PENALES

La protección de los menores que son víctimas de delitos, especialmente de malos tratos dentro o fuera del ámbito familiar, también se puede efectuar desde el punto de vista penal, ya sea con la adopción de una medida cautelar personal sobre la persona del imputado agresor del menor, ya sea como consecuencia accesoria de una sentencia condenatoria penal.

1. *Medidas cautelares personales*

Durante la instrucción de una causa, el juzgador se puede ver en la necesidad de fijar medidas cautelares sobre la persona del imputado encaminadas a garantizar una adecuada instrucción, a evitar la ocultación de pruebas o a garantizar la integridad física y a veces moral de las víctimas. Cuando hablamos de protección a los menores, debemos tener presente que la ley nos concede la posibilidad de adopción de medidas que se imponen al agresor con la finalidad de proteger al menor; es el caso de la prisión provisional, de la orden de protección integral y de las medidas de los artículos 57 y 48 del CP.

Coincido con Tapia Parreño¹³ cuando sugiere que, antes de adoptar una medida cautelar y dada la trascendencia que puede tener para el menor, el juez se informe sobre la situación del menor en su aspecto familiar, social o educativo.

La *prisión provisional*, en los términos de los artículos 502 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no es un anticipo de la pena que pudiera cumplir si recae sentencia condenatoria; es una medida que se adopta en prevención de la comisión de nuevos hechos delictivos sobre el mismo o distinto sujeto, entre otras finalidades. Teóricamente es una medida para delitos cuya pena sea igual o superior a dos años de privación de libertad, pero se permite su adopción cuando el delito tenga señalada una pena inferior (el caso de los malos tratos tipificados en los artículos 153 y 173 del CP) si la única finalidad es proteger a alguna de las personas que menciona el artículo 173.2, entre ellos, los menores.

Debemos tener presente que el artículo 173.2 del CP alude a los descendientes del agresor, es decir, a sus propios hijos, pero también abarca a menores o incapaces que convivan con él o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente. Gracias a esta redacción, se incluye a todo menor que conviva con el agresor, aunque no sea hijo suyo sino de su pareja o esté sometido a la custodia del otro conviviente. Al tratarse de una redacción tan amplia, nos permite proteger a todo menor que conviva con su agresor, sea cual fuere la relación que les una.

Junto con esta medida se ha articulado la *Orden de Protección Integral* regulada en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta Orden regula la adopción de medidas civiles y penales por parte del juez de instrucción encaminadas tanto a proteger a la víctima de su agresor como a garantizarle una cierta estabilidad económica. Sólo se puede dictar cuando se haya incoado un procedimiento penal por la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, entre ellas, todo

¹³ Tapia Parreño, José Jaime, "Medidas de protección del menor en la fase de instrucción y de ejecución del proceso penal", en varios autores, *Protección de menores en el proceso penal*, Madrid, CGPJ, 1998, Cuadernos de Derecho Judicial, XII, p. 120.

menor que conviva con el agresor, independientemente de la relación que les una.

Respecto a las medidas civiles, nos remitimos a lo ya explicado, y respecto a las medidas penales, el artículo 544 ter, LECr, dice que podrán consistir en cualquiera de las previstas en la legislación procesal criminal, esto es, tanto la prisión provisional como las medidas cautelares personales.

Las *medidas cautelares personales* aparecen reflejadas en el artículo 544 bis de la LECr, y aunque básicamente alude a la prohibición de residencia y de acudir a ciertos lugares, la particularidad de este artículo es que si el imputado incumpliera esta orden, el juez convocará a comparecencia de prisión del artículo 505 de la LECr, o a la comparecencia de la Orden de Protección ya explicada, o procederá a la adopción de medidas más limitativas de su libertad personal, esto es, la de los artículos 48 y 57 del Código Penal.

Sin embargo, en la práctica es frecuente que de forma directa y sin necesidad de esperar a incumplimiento alguno, se adopten cualquiera de las medidas de los artículos 57 y 48, y no sólo la prohibición de residencia y asistencia. Lo normal es que primero se acuerde la prohibición de comunicación y aproximación del agresor a la víctima, y si incumple esta medida o los hechos son especialmente graves, se decretará la prohibición de estancia y residencia. Obviamente, cualquier incumplimiento de estas medidas dará lugar a la adopción de medidas limitadoras de la situación personal más graves, esto es, la prisión provisional como forma efectiva de protección a las víctimas.

Se trata de medidas que pueden ser acordadas por el juez de instrucción, de oficio o a instancia de parte, cuando se ha incoado un procedimiento penal por delitos, entre otros, de homicidio, contra la integridad moral o relativo a la libertad e indemnidad sexual, cuando el agresor los ha cometido sobre sus descendientes, menores de edad o incapaces que con él convivan o estén sujetos a su potestad, tutela, guarda, acogimiento o guarda de hecho de su cónyuge o persona que con él conviva. Por tanto, se aprecia cómo la intención del legislador es proteger por encima de todo a los menores maltratados.

Las medidas que se articulan son:

a) Prohibición de residir o de acudir al lugar donde se perpetró el delito o donde resida la víctima menor o la familia del menor si es que no coincidiera.

b) Prohibición de aproximarse al menor o a los familiares del menor que establezca el juzgador, o a cualquier lugar donde puedan encontrarse como el domicilio propio o de algunos familiares, colegios, guarderías o lugares de trabajo. Puede incluso decretarse la *suspensión cautelar y temporal del régimen de visitas, comunicación y estancia del agresor hacia los menores fijado en sentencia civil*.

c) Prohibición de comunicarse con el menor o con los familiares del menor, sea cual fuere el medio que se pretenda emplear (en persona, por carta, por teléfono, por correo electrónico). Esta prohibición no comprende a las terceras personas utilizadas por el agresor para comunicarse con el menor.

Si el agresor al que se le han fijado estas medidas cautelares personales las incumpliera y se acercara al lugar prohibido, al menor o se comunicara con él, además de poder adoptar una medida cautelar más grave, incurriría en delito de quebrantamiento de condena.

2. *Efectos penales de la sentencia condenatoria*

Una vez que una persona ha sido condenada por sentencia firme como autor de un delito cometido sobre un menor, además de la pena principal impuesta por esta sentencia, cabe que se le fijen medidas accesorias, distinguiéndose dos tipos:

a) Medidas de los artículos 48 y 57 del Código Penal. Son exactamente las mismas que las explicadas con anterioridad. La única singularidad es que ya dejan de ser cautelares y están limitadas a una vigencia temporal de hasta seis meses si la condena ha sido por falta, de hasta cinco años si la condena ha sido por delito menos grave, y de hasta 10 años si la condena ha sido por delito grave.

b) Inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Las medidas de los artículos 48 y 57 están previstas de forma genérica para cualquier clase de delito encuadrable en delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas, contra la integridad moral o relativo a la libertad e indemnidad sexual, intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeco-

nómico, sin necesidad de que el tipo indique de forma específica que puede imponerse conjuntamente con la pena principal esta consecuencia accesoria.

Sin embargo, la pena de inhabilitación se caracteriza porque no es una pena accesoria sino principal y porque es indispensable una habilitación específica del tipo penal; no hay una autorización genérica del estilo de los artículos 48 y 57 del Código Penal sino que hay que acudir tipo a tipo para ver cuáles lo permiten.

Además, no se trata de una suspensión temporal sino de una auténtica privación o inhabilitación, de una pérdida de la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del menor.

Es una pena específica pensada para delitos tales como la violencia doméstica ya sea habitual (artículo 173) o no habitual (artículo 153); delitos contra la libertad sexual (artículo 192); entrega ilegal de un menor, mediando compensación económica o venta ilegal de menores (artículo 221); sustracción de menores (artículo 225 bis); abandono de familia (artículo 226) o abandono de menores y mendicidad (artículo 239), todos del CP.

V. EL DELITO DE MALTRATO CUANDO LOS AGRESORES SON MENORES DE EDAD

Los medios de comunicación nos están poniendo en alerta frente a situaciones nuevas: agresiones entre menores que son vecinos o compañeros de clase, pero no simples agresiones aisladas que se califican jurídicamente como falta, sino agresiones constantes, humillaciones, vejaciones o coacciones. No se pretende darle al menor una paliza de muerte sino que se trata de pequeños golpes, empujones, insultos, amenazas, humillaciones públicas y constantes, comentarios despectivos y habituales, que individualmente considerados tendrían la connotación de falta o delito menos grave. La auténtica intención de los menores maltratadores es dejar en evidencia al menor frente a los compañeros, humillarlo y vejarlo públicamente, llegando a casos extremos a provocar el suicidio del menor.¹⁴

¹⁴ La Fiscalía General del Estado en la última Memoria publicada, correspondiente a 2007 (p. 560) viene a mostrar su preocupación por el creciente fenómeno de la lla-

Estos casos pueden ser calificados de tres maneras:

a) Delito de lesiones del artículo 147 del CP porque está menoscandando su salud física o moral. Cada acto aislado sería una simple falta o a lo más, delito de amenazas, pero si no sacamos cada agresión de contexto y vemos todos los actos en su conjunto, podemos considerar que el menor está sufriendo un acoso por parte de sus compañeros porque se convierte en el centro de burlas y bromas. Si como consecuencia de estas vejaciones que sufre se ve en la necesidad de acudir a psicólogo o psiquiatra, consideraremos que ha precisado tratamiento médico y sus lesiones son constitutivas de delito y no de falta. Esta visión sí nos permitiría adoptar una medida cautelar tendente a proteger al menor maltratado.

b) Faltas aisladas por cada uno de los hechos que se han cometido sobre el menor. Si no se puede acreditar la existencia de las condiciones del artículo 173.1 del CP, si el menor no ha recibido tratamiento médico, y si las amenazas no se pueden considerar graves y ser definidas como delito, sólo podremos calificar jurídicamente de forma aislada cada hecho delictivo, siendo todos ellos simples faltas. En este caso no cabe adoptar medida alguna de protección del menor.

c) Delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal, dado que se está atentando gravemente contra la integridad moral del menor, puesto que no se conceptúan los hechos por el resultado meramente físico de las lesiones producidas, sino que se analiza de forma objetiva el comportamiento llevado a cabo, el resultado producido y la finalidad que no es otra que la de humillar.

La Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2004 abordó someramente este problema y decretó que con carácter general no se le puede imponer al menor agresor una medida cautelar de alejamiento porque no son extrapolables las medidas cautelares de la legislación procesal de adultos. Tan sólo permitía que dentro de las reglas de conducta de la libertad vigilada, ya sea cautelar ya sea impuesta en sentencia firme, se fije como uno de los objetivos a cumplir el alejamiento del agresor.

mada “violencia escolar”, considerando que la solución obliga a una mayor implicación de quienes intervienen en el proceso educativo.

Afortunadamente, en la reforma operada por la Ley Orgánica 8/06, que entró en vigor en febrero de 2007, se recogió la reivindicación que desde diferentes sectores se venía propugnando y era la obvia necesidad de articular como medida autónoma y no como regla de conducta de la libertad vigilada, la prohibición de aproximación y/o de comunicación. Así, ya sea de forma cautelar o definitiva, se permite aplicar esta medida a los menores infractores y no tanto para lograr la finalidad reeducativa que preside la LORPM, sino como forma de proteger a la víctima del delito.

Así pues, creo que la protección genérica que se dispensa a los menores que han sido objeto de malos tratos, cuando los agresores son mayores de edad, es correcta.

VI. ESPECIAL REFERENCIA AL MENOR EXTRANJERO

Aunque de forma muy somera, hemos de referirnos a los menores extranjeros partiendo de una elemental diferenciación: su situación administrativa regular o irregular en España.

Para entender el trato que el legislador da al menor extranjero, hemos de partir de una serie de consideraciones sociales, y hacer un breve incursión en la legislación de extranjería española.

En efecto, aunque es imposible saber el número de extranjeros existentes en nuestro país, se calcula que para 2010 el Reino de España tendrá más de cuatro millones de extranjeros, el doble que en la actualidad,¹⁵ cuando en 1990 había en España una población aproximada de 250,000 personas. Significa que España tendrá una población de 46 millones de personas de los que alrededor de un 11% serán extranjeros. El impacto en nuestra sociedad aparece recogido en multitud de estudios sociológicos. Así, en un estudio del Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de mayo de 2003 arrojaban unos datos que debemos tener en cuenta; el 53% de los españoles cree que hace falta trabajadores extranjeros en nuestro país, siempre que lleguen con contrato, pero un 58% relaciona inmi-

¹⁵ Datos extraídos del trabajo elaborado por el INE: Angulo, Carlos, *La población extranjera en España*, Madrid, 2003.

grantes con inseguridad y un 68% considera que se les trata con desprecio y desconfianza.

La inmigración tanto legal como ilegal es una realidad que está presionando en el debate político y jurídico. Con este panorama no nos debemos de extrañar de la continua modificación de la Ley de Extranjería. La Ley Orgánica 7/1985 fue sustituida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada a su vez por la Ley Orgánica 8/2000. Posteriormente, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia e Integración Social de los Extranjeros vuelve a modificar la Ley de Extranjería, y en concreto el artículo 57 de la mencionada Ley Orgánica (en adelante LOE). No se finalizará el año sin una nueva modificación legislativa. En concreto la LO 14/2003, de 20 de noviembre y la LO 19/2003, de 23 de diciembre. La primera nuevamente afectará a la LOE y la segunda introducirá modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta presión “demográfica” ha tenido como efecto el aumento en la severidad de la normativa administrativa y penal, y al mismo tiempo ha evidenciado la colisión de intereses entre la administración y la jurisdicción. Así, como sabemos, la jurisdicción penal tiene prevalencia sobre la administrativa, lo que lleva a la regla general de subordinación de lo administrativo a lo penal, lo que se traduce por ejemplo en suspensión del procedimiento administrativo hasta que acabe la vía penal o vinculación de lo acordado por los tribunales penales que deberá ser respetado por la administración. Sin embargo, toda la legislación de extranjería constituye sin duda alguna la excepción más singular que podamos encontrar por cuanto en definitiva y salvando las formalidades, la administración consigue su objetivo, sacrificando el derecho de la sociedad a que se castigue al delincuente y postergando el legítimo derecho de la víctima a ser resarcida e indemnizada por el daño producido. En definitiva, las finalidades del proceso penal —castigar-acción penal e indemnizar-acción civil— se conseguirían *in abstracto* si el autor del delito fuera un español o extranjero legalmente en España.

En definitiva, usando la expresión de la Circular 2/2006 de 27 de julio de la Fiscalía General del Estado, sobre diversos aspectos relati-

vos al régimen de los extranjeros en España, nos encontramos ante un fenómeno poliédrico, en cuanto a causas y efectos, y cualitativamente expansivo.

Pero si el extranjero es menor ¿la respuesta jurídica es la misma que si fuera mayor de edad? La respuesta es negativa. Igualmente el ordenamiento jurídico va a su vez a distinguir si el menor está en situación legal o ilegal en territorio nacional español. El menor con residencia legal en España recibirá un trato idéntico al menor español. Por tanto, no existe diferenciación significativa alguna derivada de su condición de extranjero.

Por el contrario, si su situación es de residencia ilegal en España, la legislación de extranjería le va afectar como vamos a continuación a analizar.

Si ya es compleja la legislación penal y administrativa aplicable al extranjero, lo es más si el extranjero es menor de edad. El derecho español parte de la premisa de considerarlo digno de especial protección.

En efecto, el artículo 3o. del Convenio de Derechos del Niño dice: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El *favor minoris* también se resalta en la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/1992 de 8 de julio), al declarar en su punto 8.14 que: “toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses”. Esta misma disposición, en su inciso final declara que en los procedimientos que afecten al menor *deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos del niño.*

Igualmente, el artículo 11.2.a) de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que la supremacía del interés del menor será principio rector de la actuación de los poderes públicos, y el artículo 2o. declara solemnemente que *en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.* La importancia de este principio, clave de

bóveda en derecho de menores, es también debidamente resaltada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (véase SSTC 124/2002, de 20 de mayo, 221/2002, de 25 de noviembre, entre otras), del TS (véase SSTS 1a. 415/2000, de 24 abril, 548/1998, de 11 junio, entre otras) y del TEDH (véase SSTEDH, caso E. P. contra Italia de 16 de noviembre de 1999, y caso Bronnda contra Italia de 9 de junio de 1998).

El superior interés del menor se identifica, por regla general, con la permanencia del mismo en la familia y en el ámbito cultural del que procede. Como se expone en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (*Diario Oficial*, núm. C 221 de 19/07/1997) *la presencia irregular en el territorio de los Estados miembros de menores no acompañados que no tengan la consideración de refugiados debe tener carácter provisional y los Estados miembros deben procurar cooperar entre sí y con los países terceros de procedencia para devolver al menor a su país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo, sin poner en riesgo la seguridad del menor, con el fin de encontrar, cuando sea posible, a las personas responsables del menor, y de reunirlo con dichas personas.*

Esta preferencia hacia el reagrupamiento familiar del menor debe hacerse con las debidas garantías. No podemos expulsar a los menores y enfrentarlos a un futuro incierto. En el caso español, la mayor parte de los menores provienen del norte de África. Expulsarlos de España sin ninguna garantía sería sin duda un quebranto al principio del superior interés del menor.

En conclusión, debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar conforme a las disposiciones específicas que para los menores contiene la legislación de extranjería. La repatriación no es, sin embargo, y como indica Sánchez Covisa,¹⁶ un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline final-

¹⁶ Sánchez Covisa, J. A., ponencia "Menores extranjeros no acompañados", en curso Control Jurisdiccional de la Intervención Administrativa en Materia de Extranjería, Madrid, Ministerio de Justicia, 30 de mayo-1 de junio. El texto puede consultarse en www.cej.justicia.es, área de usuario.

mente en pro de su permanencia en nuestro país. En este caso, la tutela y protección de los menores recaerá en las distintas comunidades autónomas a través de sus servicios de protección a la infancia o al menor. Debiendo conocer el fiscal la situación concreta de cada menor como mecanismo adicional de garantía.¹⁷

Por último, haremos referencia al menor extranjero víctima de un delito. Hemos de indicar que en nuestro ordenamiento jurídico no se contemplan supuestos especiales pensados para aquellos casos en los que la víctima es extranjera, independientemente de que sea residente legal o ilegal. Tan sólo existiría una excepción y es el artículo 59, LOE,¹⁸ el cual se rubrica precisamente Colaboración contra redes organizadas.

¹⁷ Sobre el particular, resulta de interés la Instrucción 6/2004 de la Fiscalía General del Estado sobre Tratamiento Jurídico de los Menores Extranjeros Inmigrantes No Acompañados. Ésta deroga a la Instrucción 3/2003 sobre la Procedencia de Retorno de Extranjeros Menores de Edad que Pretendan Entrar Ilegalmente en España y en Quienes No Concurra la Situación Jurídica de Desamparo. Esta última Instrucción, ahora derogada, instaba a los fiscales a consentir la expulsión como regla general, frente a la ahora vigente que lo rechaza, si el retorno al país de origen puede perjudicar al menor.

¹⁸ “1. El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores. 2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver. 3. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como autorización de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. 4. Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder

El precepto distingue dos supuestos con efectos igualmente diferentes; por un lado el extranjero que es víctima, perjudicado o testigo exclusivamente en un delito de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución. Y por otro lado si el extranjero es víctima, perjudicado o testigo de cualquier otro delito.

En el primer caso podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no ser expulsado si colabora decididamente con la policía proporcionando datos esenciales o testificando contra los autores de estos delitos. La Ley con cierta ingenuidad también le ofrece si lo desea el retorno a su país.

El segundo supuesto no se premia con igual recompensa. Si el fiscal y sólo el fiscal considera que un extranjero ilegal que es víctima, testigo o perjudicado debe participar inexcusablemente en un proceso penal pedirá a la administración que no ejecute la expulsión o que ejecutada ésta pueda entrar a España pero exclusivamente para poder practicar las diligencias. Luego una vez realizadas será expulsado.

Como vemos, es un caso que desde el punto de vista ético resulta claramente criticable. Así, por ejemplo, una mujer violada podrá permanecer en España si el fiscal, y sólo él, considera que su testimonio es esencial para el proceso penal. Pero su colaboración, aun consiguiendo la condena de ese peligroso delincuente, no se verá recompensada con la tan ansiada residencia legal en España.

Quizás el legislador debería plantearse alguna forma de recompensa para la víctima extranjera cuya colaboración posibilita una sentencia condenatoria, y por tanto el control para reinsertar a quien ha demostrado no respetar las normas de convivencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDES, María, *Los menores de protección: actuaciones psicojurídicas*, Madrid, Fundación Universidad-Empresa, 1998.

practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales”.

- BUSTO LAGO, José Manuel, *Los procesos especiales en la LEC 1/2000: filiación y menores*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
- GARCÍA CANO, Sandra, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (dirs.), Madrid, Colex, 2003, col. El derecho de la globalización.
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *El acogimiento convencional de menores*, Madrid, Montecorvo, 2002.
- IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Madrid, Cedecs, 1996.
- MARTÍN OSTOS, José de los S., *Jurisdicción de menores*, Barcelona, Bosch, 1991.
- MÉNDEZ PÉREZ, José, *El acogimiento de menores: comentarios, procedimientos*, Barcelona, Bosch, 1991.
- PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal mexicano*, 15a. ed., México, Porrúa, 2000.
- SÁNCHEZ OBREGÓN, Laura, *Menores infractores y derecho penal*, Madrid, Porrúa, 1995.
- TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *El procedimiento penal del menor*, Pamplona, Aranzadi, 2003.
- VARIOS AUTORES, *Nuevos retos que plantean los menores al derecho. Jornadas sobre Derecho de los Menores*, 2a. ed., Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2003.
- , “Protección de menores en el proceso penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, CGPJ, núm. XII, 1998.
- , “Protección jurídica de menores”, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2002, vol. I.