



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Análisis del concepto “Interés Superior del Menor”
en los Procesos de Menores

*Assesment of the concept “Minor’s Prevalent
Interest” in Juvenile Trials*

Autor

Carmen Alamán Aguilar

Director/es

María Jesús Germán Urdiola

Facultad de Derecho / Universidad de Zaragoza

2018

INDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	5
1. RAZÓN DE ELECCIÓN DEL TEMA	5
2. METODOLOGÍA.....	6
II. ENCUADRE GENERAL	7
III. DERECHOS Y DEBERES DE LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE MENORES.....	9
1. DERECHOS DE LOS MENORES	9
2. DEBERES DE LOS MENORES	12
IV. INCIDENCIA Y ANÁLISIS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ÁMBITO CIVIL Y PENAL	14
1. ÁMBITO CIVIL.....	14
1.1. MARCO JURIDICO	14
1.2. MEDIDAS CAUTELARES.....	16
1.3. REPERCUSIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES.....	17
2. ÁMBITO PENAL	21
2.1. MARCO JURIDICO	22
2.2. MEDIDAS CAUTELARES.....	26
2.3. REPERCUSIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES	29
V. CONCLUSIONES. ¿QUÉ PODEMOS ENTENDER POR “INTERES SUPERIOR DEL MENOR”?	36

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CCAA	Comunidad Autónoma
CDFA	Código de Derecho Foral Aragonés
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJM	Ley de Protección Jurídica del Menor
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores
LVG	Ley de Violencia de Género
OMS	Organización Mundial de la Salud
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de Menores
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de este trabajo se centra en el estudio y análisis de la figura del “Interés Superior del Menor” en los procedimientos judiciales, tanto civiles como penales.

Al ser un concepto tan sensible, es numerosa la normativa y jurisprudencia que lo regula, pero lo hace a grandes rasgos, sin que nuestro ordenamiento jurídico nos proporcione la definición concreta que lo delimite.

En consecuencia, este Interés Superior del Menor es un concepto jurídico indeterminado y es por eso que, en el presente trabajo, vamos a resaltar diferentes rasgos que lo caracterizan para poder tener una visión más concreta, haciendo referencia a su interpretación, aplicación y alcance.

La diferente jurisprudencia elaborada por nuestros tribunales hace continua mención a este concepto, pero es escasa la que se detiene a examinarlo. Únicamente, a rasgos generales, lo identifica como el estudio de las circunstancias personales de cada menor a la hora de tomar decisiones judiciales que puedan vincularles, procurando que el desarrollo de su vida y personalidad no quede mermada por situaciones de conflicto.

1. RAZÓN DE ELECCIÓN DEL TEMA

El Interés Superior del Menor repercute de manera significativa en los procedimientos judiciales en los que están presentes los menores por su considerable protección. Los menores, al no tener sus capacidades plenamente desarrolladas, necesitan de un especial cuidado en todos aquellos aspectos que puedan repercutir en sus vidas.

Uno de los derechos más importantes del niño es que sus intereses sean considerados de manera primordial en los procedimientos judiciales, evaluándolos y teniéndolos en cuenta al sopesar distintas tomas de decisiones sobre una determinada cuestión, garantizando, así, que ese interés, considerado superior, se ponga siempre en práctica en el momento de adoptar cualquier medida que les afecte.

Dentro de sus principales atributos, cabe destacar su destino de protección de la vida y su desarrollo personal y profesional, así como a satisfacer sus necesidades básicas, ya sean materiales, físicas o educativas, o emocionales y afectivas, asegurando un óptimo desarrollo de su personalidad.

2. METODOLOGÍA

Varios son los aspectos que integran este principio, pero nos centraremos únicamente en aquellos que pueden llevar a realizar una definición más acotada del término y otros en los que se ve reflejado de una forma considerable.

Estudiaremos diversas disposiciones legislativas nacionales, internacionales y también las propias de la CCAA de Aragón, con el fin de poder llegar a diseñar una definición de este concepto. Igualmente, incidiremos en los aspectos más relevantes caracterizados por los intereses de los menores.

Mientras que en los procedimientos civiles, son relevantes por ser víctimas directas o indirectas de situaciones familiares problemáticas, en el ámbito penal, vamos a estudiarlos como sujetos que cometen un ilícito, cuyas consecuencias están orientadas preferentemente a la reeducación y que precisan de unas garantías específicas.

En ambos procedimientos destacaremos un marco jurídico determinado para ubicar este concepto y, posteriormente, analizaremos las medidas que se llevan a cabo en ambos y el reflejo de este Interés Superior del Menor en cada una de ellas.

II. ENCUADRE GENERAL

La Real Academia Española define la minoría de edad como “Edad durante la cual una persona no puede ejercer sus derechos civiles y políticos”.

Queremos delimitar los parámetros que definen el concepto de “Interés Superior del Menor” a través del examen de nuestro ordenamiento jurídico y de los diferentes preceptos normativos, puesto que es el eje que conforma todo el derecho relativo a los menores.

Nuestro ordenamiento no ofrece una definición exacta de este concepto, pese a ser uno de los principios esenciales de especial incidencia en nuestra regulación actual sobre menores, es por ello que procederemos a examinar los preceptos que lo regulan para obtener una visión amplia y estimada del mismo.

Al ser tan amplio el régimen de protección de los menores en nuestro estado, incidiremos únicamente en aquellos que consideramos más significativos.

En el ámbito nacional, encontramos tanto preceptos normativos como los llamados principios del derecho referentes al ámbito de protección de los menores de edad, entre ellos:

- 1) De la Constitución Española, extraemos el artículo 39, que hace referencia a la protección de los niños en el ámbito familiar y en las relaciones paterno-filiales.
- 2) La Ley 26/2015, de 28 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, garantiza una protección uniforme a todos los menores en el territorio español, introduciendo aquellos cambios necesarios en el ordenamiento jurídico, sirviendo, asimismo, de apoyo para el desarrollo legislativo de las CCAA en estas materias, entre los que cabe destacar a título enumerativo derechos y deberes de los menores o disposiciones sobre filiación.
- 3) Esta se complementa con la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, que sustituyó a la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, y que establece un marco normativo general para garantizar a los menores de edad de la Comunidad de Aragón el ejercicio y desarrollo de los derechos que legalmente les corresponden. Jurisdicción otorgada por la CE a los

poderes públicos, para asegurar la protección integral de la familia y los hijos, así como la protección y defensa de los intereses de los menores.

4) La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dedica un artículo entero a la prioridad de este Interés Superior del Menor, considerándolo como un principio fundamental e incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño¹.

Dentro de la normativa internacional de mayor relieve, mencionaremos a modo de ejemplo los siguientes:

1) El principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1959, que nos indica la protección especial que han de tener los menores así como de la disposición de oportunidades y servicios para su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, de una forma sana y normal, con condiciones de libertad y dignidad.

2) El artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de Diciembre de 1979 insta la garantía del reconocimiento de responsabilidad común entre hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de los menores, fomentando el interés del menor como un cuidado primordial.

3) El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 30 de Noviembre de 1989 manifiesta la atención “primordial” al interés superior del menor en todos los asuntos en los que tengan presencia, asegurando a los menores la protección y el cuidado necesarios para mantener su bienestar.

4) Las Observaciones Generales 17 y 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, relacionadas con el Pacto de Nueva York de 1966, mencionan este interés superior del menor como principio primordial en asuntos de separación o divorcio.

¹ Preámbulo II de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

5) Por último, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, fija a adopción de medidas a llevar a cabo a través del interés superior del menor, así como del principio de unidad familiar.

Con todo ello, podemos observar cómo, los menores de edad, cobran un gran protagonismo a la hora de poner en práctica el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Siempre y cuando estos sujetos estén presentes en una relación ya sea judicial o extrajudicial, han de estar presentes sus intereses en un primer plano.

III. DERECHOS Y DEBERES DE LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE MENORES

Otros de los aspectos que están relacionados con el Interés Superior del Menor, son todos aquellos derechos, deberes y obligaciones que tienen que tener garantizados en los procedimientos en los que sean parte, tanto los menores como sus familiares.

1. DERECHOS DE LOS MENORES

Si numerosas son las garantías de cualquier tipo de procedimiento judicial que han de tener las partes del proceso, todavía lo son más a la hora de estar presente un menor, por ser una figura frágil, que no tiene aún pleno desarrollo personal ni capacidades.

A modo de distinción, nos basaremos en la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se establece una política general de justicia de menores para todos los Estados Parte, a fin de prevenir y luchar contra la delincuencia juvenil, promoviendo la integración en una política nacional y amplia de normas internacionales².

Como pilar fundamental, se encuentra el principio de igualdad y de no discriminación, debiendo adoptar los Estados Parte todas las medidas necesarias para garantizar la

² Comité de los Derechos del Niño. Observación General núm. 10. En Ginebra, del 15 de Enero al 2 de Febrero de 2007.

igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia, por venir dados, en muchas ocasiones, como víctimas de discriminación.

El Interés Superior del Menor se toma en consideración como primordial. Las diferencias de desarrollo físico y mental, así como las necesidades emocionales y educativas, son el motor de la menor culpabilidad de los menores, requisitos de protección y seguridad.

La Convección contiene un conjunto de principios fundamentales relativos al trato que debe darse a los niños que tienen conflictos con la justicia, entre los que cabe destacar un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño, un trato que fortalezca el respeto de este por los derechos humanos y las libertades de terceros, en el que se tenga en cuenta su edad y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad y el respeto de su dignidad, prohibiendo y previniendo todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en estas situaciones³.

Al no tener todas las capacidades desarrolladas, es preciso que todo el ordenamiento jurídico que repercute en el menor sea comprendido por este, así como las consecuencias y penas que acarrearán sus actos intentando explicar e informar en términos adecuados a su edad y capacidad, bien sea a manos de su representante legal o por sus padres o tutores. Así mismo, estos últimos, deberán estar presentes en el proceso a fin de prestar asistencia psicológica o emotiva al menor.

Otro criterio fundamental es el respeto al libre desarrollo de la personalidad del menor, conectado en cierto modo a la dignidad de las personas⁴. Por ello, podríamos definirlo como un aspecto espiritual y moral que es inherente a la persona, manifestado de manera singular en la autodeterminación de cada uno. Esta condición viene relacionada con aquellos derechos relativos a la persona, como son a la integridad física y moral⁵, a la libertad de ideas y creencias⁶, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

³ Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 25 de Abril de 2007.

⁴ Artículo 10.1 CE.

⁵ Artículo 15 CE.

⁶ Artículo 16.1 CE.

Este último derecho a la intimidad personal, recogido en el artículo 18 de la CE, está vinculado al carácter confidencial de los procedimientos de menores. Ejemplo de ello es la extrema reserva de los expedientes personales y de sus datos de historial clínico y los certificados académicos. El artículo 48 de la LORPM recoge esta naturaleza privada, autorizando únicamente a unos pocos profesionales el acceso a la documentación del menor.

En cualquier procedimiento judicial en el que esté presente un menor de edad, además de informarle, se le ha de prestar la asistencia y asesoramiento necesario para poder ejercer sus derechos, por medio de profesionales de la esfera judicial o educativa, desde jueces, fiscales y abogados, hasta equipos técnicos o educadores, realizándose de manera eficaz para que el menor entienda plenamente las circunstancias.

La familia es el primer agente socializador del menor, donde se educa y se transmiten valores y normas de comportamiento prosocial, por lo que la dejación por parte de la familia de estas funciones tan importantes, se convierte en un factor de riesgo que incrementa las posibilidades del menor de incurrir en conductas delictivas⁷.

Por dicha razón, se da prioridad y preferencia a la intervención en ese entorno a fin de proporcionar estrategias y herramientas para evitar factores de riesgo existentes. Es necesaria una intervención y relación estrecha entre las actuaciones profesionales con las familias y la comunicación entre ellos en todo momento por el bien del menor. Además, es esencial para su desarrollo y reeducación que, tanto las familias como los intervinientes en el proceso educativo, ya sea el centro educativo o las entidades públicas de la CCAA que corresponda, deben estar en continua colaboración y comunicación acerca de la situación del menor.

A pesar de ello, bien es cierto que, a veces, la intervención en el ámbito familiar es contraproducente cuando son situaciones especialmente delincuenciales o existentes de carencias afectivas y/o emocionales, que distan mucho de tener resoluciones positivas. En esta tesitura, conviene alejar al menor del conflicto para una efectiva reeducación.

⁷ Juan José Periago Morant, “La ejecución de la medida de internamiento de menores infractores”, 2: II. *Los principios que rigen la ejecución de la medida.*

En estas ocasiones, se puede llegar a alejar al menor del ámbito familiar durante un periodo de tiempo y ordenarse una serie de sesiones para trabajar la problemática familiar, sin que resulte una desvinculación definitiva⁸.

Al igual que los mayores de edad, los menores internos en centros de rehabilitación o de internamiento, tienen permisos y derechos de salidas para continuar relacionándose con su entorno familiar y no interferir en su resocialización de manera negativa, regulado en el artículo 56 de la LORPM, donde se encuentran todos los derechos que tienen los menores internados en centros.

Como dice el TC, “Los permisos de salida contribuyen a fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión, que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen, además, un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno y, con ello, al desarrollo de la personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que va a integrarse”⁹.

2. DEBERES DE LOS MENORES

Pero no sólo existen derechos, también los menores cuentan con ciertos deberes en aras de su reeducación y resocialización.

Los menores internados en un centro deberán, entre otros condicionantes, permanecer en el centro a disposición de la autoridad competente hasta el momento de su puesta en libertad, respetar y cumplir las normas de funcionamiento del centro, colaborar en las

⁸ En la SJM 97/2013, España, Lérida, (Procedimiento Penal), de 19 de septiembre de 2013, Roj: SJME L 189/2013, se condena al menor como autor de un delito de malos tratos en el ámbito familiar y una falta de injurias, a la medida de un año y tres meses libertad vigilada con instrucción formativo laboral, así como a la prohibición, durante cuatro meses y quince días de aproximarse a su madre, a una distancia inferior a 200 metros, en cualquier lugar en el que ésta se encuentre, a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, si bien podrán llevarse a cabo las sesiones de terapia familiar que establezca el equipo encargado de la ejecución.

⁹ Fundamento tercero de la STC 109/2000, España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 5 de Mayo de 2000, ECLI:ES:TC:2000:109.

actividades y participar de manera formativa, educativa y laboral¹⁰. A fin de garantizar un adecuado funcionamiento y procedimiento, los menores tendrán que velar por un respeto a las personas implicadas en su desarrollo educativo y social, sus compañeros y acatar la normativa interna del centro donde se encuentren.

Al hilo de lo anterior, el Capítulo III de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduce deberes de los menores que han de cumplir por el hecho de ser parte de la sociedad y ser responsables también de un buen comportamiento. La mencionada ley, distingue estos deberes a nivel general y familiar, escolar y social en su artículo primero, modificando así los artículos 9 bis y ss. de la LPJM.

Cabe destacar que, para un mejor cumplimiento de estos deberes, los poderes públicos tendrán que fomentar su conocimiento y sensibilizar a los menores sobre sus responsabilidades, efecto de la titularidad y ejercicio de sus derechos¹¹.

En cuanto al ámbito familiar y escolar, deben respetar a toda persona que se encuentre en él, desde padres y hermanos, hasta educadores y personal de cada centro educativo, previniendo cualquier enfrentamiento. Así mismo, tendrán que ser partícipes de los cometidos que conlleve la vivienda en la que se encuentre y guardar una buena disposición de aprendizaje y colaboración¹².

En el ámbito social, los menores habrán de respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen y las leyes y normas que les sean aplicables, haciendo un buen uso de los recursos y las instalaciones que se le ofrecen para su desarrollo¹³.

¹⁰ Artículo 57 LORPM.

¹¹ Artículo 9 bis LPJM.

¹² Artículos 9 ter y 9 quáter LJPM.

¹³ Artículo 9 quinquies LPJM.

IV. INCIDENCIA Y ANÁLISIS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ÁMBITO CIVIL Y PENAL

1. ÁMBITO CIVIL

En el ámbito civil, cobra una gran importancia la protección del menor en asuntos donde se puede encontrar desamparado. Sobre todo, en situaciones de relaciones paterno-filiales de especial dificultad o, en muchas ocasiones, inexistentes.

En el presente apartado, procederemos a analizar diferentes cuerpos legales de nuestro ordenamiento jurídico junto con alguna resolución judicial, donde cobran gran importancia los menores de edad como víctimas, sobre todo, en situaciones de violencia de género o separación y divorcio, protegiendo a estos sujetos de circunstancias que les repercute de manera directa.

En los procedimientos civiles, vamos a destacar aquellas medidas susceptibles de imposición cautelar que les afectan en gran medida y dos situaciones que resultan, a nuestro parecer, especialmente relevantes, por el “plus” de protección y atención hacia el menor que representan. Estas son, en primer lugar, la violencia de género y, en segundo lugar, la declaración de desamparo.

1.1. MARCO JURIDICO

En el Código Civil, destacan los artículos del Capítulo V del Título VII del Libro I, que versa sobre la adopción y otras formas de protección de menores y las Secciones 1ª y 2ª de este mismo Capítulo, que recogen los preceptos de guarda y acogimiento de menores y la adopción.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del CC y de la LEC, define el interés superior del menor como un principio inspirador de todas aquellas actuaciones relacionadas con estos sujetos, ya sean administrativas o judiciales, aumentando las facultades del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos, de manera que estas diligencias no interfieran de manera notable en su vida escolar, social o laboral.

En el primer artículo de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se regula una especial protección integral de los menores, dirigida a la prevención, sanción y eliminación de la violencia de género que afecta de una manera directa a los hijos menores o aquellos que estén sujetos a su tutela, patria potestad, guarda o custodia, siendo también víctimas de este concepto.

Igualmente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, en su exposición de motivos, muestra que el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia de los menores, tendrá como objetivo principal, el interés y beneficio de éstos, garantizando la protección de su interés superior en situaciones de separación o divorcio de los progenitores.

A modo ejemplificativo, cabe señalar dos sentencias que muestran la relevancia del interés superior del menor para determinar el uso y disfrute de la vivienda o la guardia y custodia respecto de los progenitores.

En el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Febrero de 2017, se manifiesta que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art 96 cc (LA LEY 1/1889)”¹⁴.

Por otro lado, en base al Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 1 de Marzo de 2016, se establece la guardia y custodia de los menores a la progenitora, atendiendo lo siguiente:

“Las medidas relativas al cuidado y educación de los hijos en situaciones de ruptura de la convivencia, entre sus progenitores han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (artículo 39 de la CE), del "favor filii", procurando ante todo el beneficio o interés material y moral de los mismos en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos

¹⁴ STS 117/2017, España. Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), 22 de Febrero de 2017, Rec: 1653/2015.

legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores”¹⁵.

1.2. MEDIDAS CAUTELARES

Son aquellas que se adoptan en un proceso con la finalidad de preservar anticipadamente una posible consecuencia que pueda producirse en el transcurso del mismo y, además, “han de guardar siempre relación con lo que se pretende en el proceso principal e incluso con vicisitudes y circunstancias que pueden variar durante su pendencia”¹⁶.

En el ámbito civil, están recogidas, principalmente, en el Título VI de la LEC, dentro del Libro III. Además, destacan en otros preceptos como son los artículos 762 y 768, en los que toman protagonismo las personas susceptibles de incapacitación y los menores en cuanto a procesos de filiación, paternidad y maternidad.

En los artículos 65 y 66 de la LVG, podemos enmarcar como medidas cautelares destinadas a los menores de edad, la suspensión de la patria potestad o del régimen de visitas, respectivamente, de aquellos padres inculcados por violencia de género y que tengan menores dependientes de ellos, protegiendo la seguridad, integridad y recuperación de estos y de la mujer.

Así mismo, para adoptar cualquiera de ellas se han de valorar detenida y rigurosamente los comportamientos que tienen los sujetos susceptibles de dicha imposición con los menores de edad.

¹⁵ SAP 87/2016, España. Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), 1 Marzo de 2016, Rec: 663/2015

¹⁶ Exposición de Motivos núm. XVIII de la LEC.

1.3. REPERCUSIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES

Al hilo del artículo 2.2.c) de la LOPJM, se encuentra la violencia de género, donde el menor es víctima directa. El menor ha de convivir y desarrollarse en un entorno familiar adecuado y libre de violencia y, por ello, las entidades públicas y los poderes públicos, han de proteger a los menores contra toda forma de violencia o maltrato, ya sea físico o psíquico, así como de toda violencia en el ámbito familiar social o educativo¹⁷.

La violencia de género provoca situaciones de sufrimiento para las mujeres, pero, en muchas ocasiones, lo sufren también los menores que viven en el mismo entorno, considerándose en algunas ocasiones como un tipo de maltrato infantil, que se puede delimitar dentro de la definición que nos aporta la OMS¹⁸. Esta violencia puede ocasionarse bien por ser expuestos de manera directa (reaccionando el maltratador de la madre hacia ellos de forma física o psicológica) bien de manera indirecta (por ser testigos y presenciar abusos y tratos degradantes en su vivienda). Todo ello puede acarrear al menor múltiples problemas de socialización o depresivos, miedos o respuestas negativas de comportamiento, falta de adecuación a su entorno, fracaso escolar y un largo etcétera.

El Estado tiene el deber de eliminar o, en su defecto intentar reducir en la medida de lo posible, la dificultad social a la que se enfrenta el menor o los factores de riesgo con los que convive, promoviendo su protección y amparo, con herramientas de seguimiento de su evolución familiar, social y educativa y de servicios sociales, por medio de determinadas actuaciones específicas y adecuadas dirigidas a paliar aquellas situaciones de desprotección del menor, reguladas en los artículos 12 y ss. de la LOPJM y protegerle de vivir en un entorno familiar con conflictos continuos entre sus

¹⁷ Principios rectores de la actuación de los poderes públicos con los menores, regulado en el Artículo 11.2.i) LOPJM.

¹⁸ La OMS define el maltrato infantil como todas las formas de maltrato físico y o psicológico, abuso sexual, tratamiento negligente o comercial u otra forma de explotación que cause o pueda causar daño a la salud de los niños y niñas, a su supervivencia o dignidad en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.

progenitores, peleas y malos tratos, especialmente cuando las personas que se encarguen de su guarda no le puedan proporcionar los elementos necesarios para su desarrollo integral.

Mediante dichas actuaciones, el Estado intenta garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia, construyendo una apreciación de control acerca de su situación personal y de su proyecto de futuro ante la desprotección que alcanza un alto nivel de perjuicio personal hacia el menor.

Es preciso hacer mención especial a la repercusión de la modificación de medidas en interés de los menores, regulada en el artículo 775 de la LEC. Éstas se aplican, a grosso modo, cuando exista un cambio de circunstancias relevante al tiempo de cumplimiento de las medidas iniciales, dicho cambio ha de ser sustancial, importante o fundamental, y ha de afectar a las circunstancias que fueron tenidas en cuenta a la hora de su adopción de las primeras y que las mismas reflejen signos de permanencia en el tiempo.

Los incidentes de modificación de medidas, suelen tener lugar en situaciones de separación y divorcio, donde se ha de establecer un régimen de visitas, de guarda y custodia, de pensión de alimentos o de la atribución del uso de la vivienda familiar, que repercuten en mayor o menor medida en el desarrollo personal de los menores.

Por ejemplo, en el Fundamento Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 90/2015, de 20 de Febrero de 2015, se restringe el régimen de visitas de los menores a los abuelos paternos, por apoyar estos últimos a su hijo, padre de los menores, que se encuentra inmerso en un delicado proceso penal donde los menores aparecen como perjudicados y aquél tiene una orden de alejamiento respecto de éstos. Para las profesionales, “tales evocaciones se traducen en situaciones de tensión para los menores, que comportan retrocesos en la evolución favorable de los menores, al activarse su malestar”¹⁹.

Por ello, cobra gran importancia el estudio de las circunstancias que van a determinar ese cambio de vida de los menores y así lo refleja numerosa jurisprudencia, cuando, por ejemplo, se atribuye, en primer lugar, el uso de la vivienda familiar a la madre para

¹⁹ STS 90/2015, España. Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil), 20 de Febrero de 2015, Núm. de Recurso 1320/2014.

garantizar que los menores tengan un domicilio en perfectas condiciones cuando deban estar en compañía de su madre, en atención a su bienestar e interés superior, y, posteriormente a ambos por establecerse una custodia compartida²⁰; o cuando exponen que la potestad parental está concebida legalmente en beneficio de los hijos y requiere el cumplimiento de los deberes que de ella se deriven, de tal manera que cualquier limitación a su ejercicio debe estar de acuerdo con el principio de protección del interés del menor²¹.

Es por ello, que los menores tienen derecho a que su interés superior sea considerado primordialmente y que se evalúe y tenga en cuenta a la hora de estudiar los distintos intereses para la toma de decisiones sobre cualquier decisión en la que estén inmersos o les afecten de manera directa o indirecta, debiendo también hacer un estudio de las posibles repercusiones que tendrán en otras todas las medidas susceptibles de ser adoptadas.

Otra de las situaciones que las entidades públicas han de observar es la figura del desamparo de los menores de edad, avalado por el artículo 39 de la CE, que se produce cuando existe un grave riesgo para la salud mental del menor, así como para su integridad moral, lo que conlleva a un complicado desarrollo de su personalidad.

Cabe definir la situación de desamparo como aquella circunstancia de riesgo en la que, a consecuencia de problemas, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, los menores ven dañado su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos, siendo precisa la intervención de la administración pública competente con el fin de eliminar, reducir o compensar las dificultades que le afectan²².

Estas situaciones son causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que establecen las leyes para la guarda de los menores de

²⁰ STS 268/2018, España. Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil), 9 de Mayo de 2018, Núm. de Recurso 3232/2017.

²¹ SAP 157/2018, España. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª Civil) a 12 de Abril de 2018, Roj: SJM E LLL189/2.

²² Amanda Cárcel, artículo electrónico sobre “Situación de riesgo y desamparo de los menores”. <https://www.pedirayudas.com/infancia-y-juventud/situacion-de-riesgo-y-desamparo-de-los-menores/>

edad, dado que quedan privados de asistencia moral y/o material necesaria para su desarrollo personal.

La organización institucional de Protección de Menores tiene como objetivo establecer los factores de protección que pueden ser incorporados a las vidas de los menores y a la de sus familias, a través de las decisiones de educadores sociales o equipos técnicos sobre la vida de estos, garantizando así un espacio de crecimiento seguro.

En Aragón, la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia incluye un carácter prioritario de la prevención de los factores de riesgo y de la actuación en situaciones de riesgo de los menores en nuestra CCAA.

A criterio de la Jefa de Servicio de Atención a la Infancia y a la Adolescencia del Gobierno de Aragón, la Sra. María José Bajén García, el desarrollo normativo que versa sobre la Reforma del sistema de Protección a la Infancia²³, ha de incluir unos principios de Buena Práctica, como son: la primacía de la familia, el profundo estudio de la toma de decisiones, la necesidad de un plan de integración estable, la opinión de los menores en temas de separación, las necesidades genéricas de todos los niños, los servicios organizativos de protección infantil y la formación y apoyo a menores para mejorar la competencia de las familias y tutores²⁴.

Como último apunte, podemos mencionar la posibilidad de ingreso de menores de edad con problemas de conducta en centros de protección específicos del artículo 778 bis de la LEC en relación con el artículo 26 de la LPJM, cuando éstos sean dependientes de Entidades Públicas y presenten comportamientos di-sociales, previa autorización judicial e informes psicosociales. Ahora bien, a tenor del apartado segundo de este último artículo, “No podrán ser ingresados en estos centros los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad”.

²³ Esto es, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁴ MAYOR DEL HOYO, MARIA VICTORIA, *El nuevo Régimen Jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Capítulo 8 “La situación de riesgo y desamparo en Aragón. Una visión desde la Administración”, Pág. 185 a 205, Ed. ARANZADI, 2017.

2. ÁMBITO PENAL

Las medidas susceptibles de ser impuestas a menores infractores tienen como finalidad principal el Interés Superior del Menor. Además, han de responder a criterios educativos específicos del caso concreto, en atención a la protección de vida e integridad de este, siguiendo unos programas determinados y personalizados para sus circunstancias y necesidades concretas.

Antes de dar comienzo a este punto, resaltaremos el tan importante principio de legalidad, garantizado por el artículo 9.3 de la CE o por el CP (artículos 1.1, 2.1 o 4.2) o el artículo 1 de la LECRIM, entre otros. En la materia que nos ocupa, aparece recogido en el precepto 43 de la LORPM, lo que hace que ninguna medida susceptible de aplicación a menores infractores pueda ser impuesta a no ser que medie sentencia firme al respecto, a excepción, como veremos, de las medidas calificadas como “Cautelares”²⁵.

Toda medida capaz de ser adoptada, deberá estar limitada por la gravedad de los delitos cometidos teniendo en cuenta su edad, bienestar físico y mental, el desarrollo del menor, así como sus capacidades y circunstancias personales, siendo necesarios los informes psicológicos, psiquiátricos y sociales. También, se atenderá a la prueba y valoración de los hechos y, especialmente, a las circunstancias familiares y sociales del sujeto y su personalidad, basándose toda decisión en el interés superior del menor infractor.

También deberá tomarse en consideración las circunstancias y gravedad de los hechos, así como todos los datos correspondientes a la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor y la edad de éste en el momento de dictar sentencia, y la circunstancia de que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.

Característica esencial de estas medidas aplicables es su carácter educativo, “en el que prima el interés superior del menor y la necesidad de conseguir a través de ellas la resocialización de los menores mediante una intervención educativa de especial

²⁵ Artículo 43 de la LORPM: 1. No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma. 2. Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen.

intensidad que va dirigida precisamente a incidir en aquellos aspectos de la personalidad y entorno del menor que se han revelado como condicionantes de la comisión del delito”²⁶.

También serán de aplicación cuando sean precisas para la protección y custodia del menor cuando éste se encuentre en casos de exención de responsabilidad, siempre y cuando se acredite la situación de enajenación mental o circunstancia prevista en los tres primeros apartados del artículo 20 del CP.

Diversas son las medidas y las finalidades que se encuadran en este ámbito, dependiendo del grado del delito cometido y la restricción de derechos que conllevan.

2.1. MARCO JURIDICO

Debemos determinar qué edades comprende la responsabilidad penal de los menores, de cuyos intereses se tiene en cuenta, por encima de todo, su “Interés Superior”

Los menores de edad son personas y como tales deben ser tratados, es decir, como sujetos singulares, de derechos propios de su condición humana, con la particularidad de su condición infantil. Tienen derecho a una protección que garantice su desarrollo integral, también cuando son enjuiciados por ilícitos penales.

La responsabilidad penal de los menores es aquella que deben asumir los mayores de catorce años y menores de dieciocho que cometen hechos tipificados como delitos en el CP y en las restantes leyes penales especiales, siempre que no concurra en ellos ninguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal previstas en el CP.

Para una mejor individualización de la normativa y de las consecuencias aplicables dirigidas a una finalidad preventiva y especial, el ordenamiento jurídico diferencia entre el tramo que concurre desde los catorce hasta los dieciséis años y desde los dieciséis hasta los dieciocho años, constituyendo esta última una agravación singular de la pena

²⁶ Fundamento de Derecho Tercero de la SJM 122/2014, España. Juzgado de Menores nº1 de Lérida de 10 de Octubre de 2014, ECLI: ES:JMEL:2014:111.

en cuanto a la comisión de delitos caracterizados por la violencia, intimidación o peligro para las personas.

No obstante lo indicado, la ley hace una pequeña matización al permitir la aplicación de este ámbito a “jóvenes” de entre dieciocho y veintiún años, cuando no fueran reincidentes y estuvieran imputados por la comisión de un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas, ni hubiera grave peligro para la vida o la integridad física de las personas y cuando sus circunstancias personales y grado de madurez aconsejen al Juez de Instrucción, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico.

En el ámbito penal, existen diferentes cuerpos legales que recogen esta y encuadran su conceptualización, entre los que cabe destacar:

1) La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, complementada a su vez por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. De ellas, extraemos varias ideas:

Ambas toman como referencia este Interés Superior del Menor valorándolo como un principio fundamental que ha de regir en todo momento a la hora de enjuiciar a los menores y que ha de ser apreciado por equipos técnicos profesionales que se encuentren especializados en un ámbito de ciencias no jurídicas, asegurando las garantías generales de los principios del derecho que son acusatorio, de defensa y de presunción de inocencia que predominan entorno al derecho procesal penal.

En estos procedimientos, destaca el principio de intervención mínima, es decir, se proporciona una gran importancia a evitar la apertura del procedimiento, estudiando principalmente otras posibilidades como puede su renuncia, el resarcimiento anticipado o la conciliación entre víctima e infractor o, en los supuestos donde se establecen la adopción de medidas, la posibilidad de suspenderlas o sustituirlas por tipos menos gravosos para el menor, esto es, una adopción de medidas judiciales más flexibles e idóneas. Es decir, las que mejor puedan contribuir a la educación y al desarrollo de la personalidad de quien ha manifestado con su conducta una actitud o una tendencia

antisocial, una carencia de la adecuada socialización, habida cuenta de que la educación y el desarrollo de la personalidad son derechos fundamentales²⁷.

En este sentido, podemos resaltar la intervención del Juez de Menores de Granada, Don Emilio Calatayud, famoso por su peculiaridad a la hora de dictar sentencias de carácter reeducativo y de crecimiento personal de los menores. Unas de sus últimas decisiones ha sido la de condenar a un joven, aficionado al dibujo, a relatar a través de un cómic de 15 páginas los motivos por los que había sido sentenciado, o la de visitar durante un día entero a parapléjicos a un joven que conducía borracho y así hablar con ellos y con sus familias, explicando su experiencia en una redacción.

2) La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, nos sirve para tipificar todos aquellos ilícitos cometidos por estos sujetos. Como apunte, podemos destacar su artículo 19, que nos dirige a la norma suprema de este ámbito, la LORPM. Además, destaca la aplicación de su artículo 21 en determinadas ocasiones, lo que implica la atenuación de las penas cuando los sujetos cumplieran únicamente alguna de las causas de dispensa de responsabilidad del artículo 19.

La flexibilidad en cuanto a la medida a adoptar por los jueces, siempre dentro de criterios razonables y ponderados, se plasma en un buen número de sentencias, que encuentran apoyo en los artículos 7.3 y 27 de la LORPM, necesitando siempre de una valoración *ad hoc* de las circunstancias personales del menor, desde el ámbito familiar, hasta el social, elaborado por un equipo técnico especialista²⁸.

De la Sentencia del Juzgado de Menores de Granada núm. 257/2010, de 15 de Julio de 2010, se puede extraer de su Fundamento Jurídico Tercero el estudio detallado y personal de la situación de cada uno de los menores, cuando dice:

“El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Art 8.1 y el artículo 7.3 LO 5/2000 establece que "Para

²⁷ BUENO ARÚS, FRANCISCO, en "Presentación y análisis de la LORPM" Jornadas sobre la LORPM, (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, junio de 2000).

²⁸ Entre otras, podemos nombrar las sentencias de los Juzgados de Menores de Granada, de 15 de Julio de 2010, y de Ourense, de 13 de Mayo de 2013.

la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el Letrado del Menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor²⁹.

Por otro lado, de la Sentencia del Juzgado de Menores de Ourense de 13 de Mayo de 2013, se destaca en el Fundamento de Derecho Cuarto lo siguiente:

“Para la determinación de la medida adecuada tal y como previene el art. 39.1 de la LORPM y con respeto al principio acusatorio contemplado en el art. 8 habrá de tenerse en cuenta "las circunstancias y gravedad de los hechos, así como todos los datos debatidos sobre la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor y la edad de éste en el momento de dictar sentencia", primando así para la determinación de la medida tanto los aspectos jurídicos como las circunstancias personales, familiares y sociales del menor. Y como es sabido la valoración de estas circunstancias incumbe al equipo técnico (art. 27.1), señalando además el art. 37.2 que en la audiencia el equipo técnico deberá ser oído sobre las circunstancias del menor y también sobre la procedencia de las medidas propuestas³⁰.

A tenor de lo dispuesto, se podría entender este Interés Superior del Menor, como un principio que proyecta la reeducación y resocialización de este sujeto cuando cometen ilícitos penales, de manera que no perturben excesivamente su sistema de vida, puesto que son personas que necesitan de especial protección por ser estas edades las que comprenden el mayor alcance de sus bases psicológicas y sociológicas.

En cualquier caso, deberán tenerse en cuenta aquellas circunstancias personales de cada menor infractor con el objetivo de aplicarle la medida más adecuada a su personalidad y necesidades.

²⁹ SJM 257/2010, España. Juzgado de Menores de Granada (Sección 1ª), 15 de Julio de 2010, Roj: SJME L1 89/282.

³⁰ SJM de Ourense, España (Sección 1ª). Núm. de recurso 171/2012, de 13 de Mayo de 2013, ECLI:ES:JMEOU:2013:43, Id Cendoj: 32054530012013100001.

2.2. MEDIDAS CAUTELARES

Hay que hacer mención a aquellas medidas denominadas cautelares que, como su propio nombre indica, están destinadas a que el proceso se lleve a cabo de una forma adecuada, a prevenir y evitar males mayores hacia la víctima o circunstancias que perjudiquen el buen tratamiento del proceso. Haremos referencia a sus aspectos más relevantes. Las referidas a menores infractores, podrán ser solicitadas por la parte que haya iniciado la acción penal o por el Ministerio Fiscal, si lo considerara necesario.

Según dispone el artículo 28.1 de la LORPM, las medidas cautelares se podrán adoptar en cualquier momento del procedimiento, si resultare necesario, para una mejor protección de la víctima o para la custodia y defensa de los derechos del menor encausado. Derechos del menor que han de ser examinados con la diligencia debida antes de proceder a su aplicación, con el fin de limitar solamente lo estrictamente necesario y no perjudicar sus intereses personales, vigilando que éste no cumpla un tiempo de castigo cautelar mayor al solicitado por el Ministerio Fiscal o por la acusación particular, y aplicando la medida que resulte menos gravosa para el menor y, sin olvidar que deben resguardar los intereses de todas las partes en conflicto.

Dichas medidas, que se encuentran recogidas en los artículos 28 y 29 de la LORPM, finalizarán en el momento en que se dicte sentencia en el procedimiento principal. El primero de ellos, recoge las siguientes medidas:

1) Internamiento en un centro de régimen adecuado, es decir, cerrado, abierto o semiabierto, de modalidad terapéutica o educativa. Este tipo de medida será adoptada únicamente en casos excepcionales, cuando los hechos objeto de enjuiciamiento revistan hechos delictivos especialmente graves y, además, de forma subsidiaria, es decir, cuando el resto de medidas se consideren insuficientes³¹.

2) Libertad vigilada, por la que se hará un seguimiento de la actividad del menor en su entorno escolar, centro de formación profesional o centro de trabajo, bien en su entorno social y familiar, cumplimentando una serie de entrevistas con un profesional

³¹ Por ejemplo, como ocurre en un primer lugar en el Auto de 9 de Mayo de 2017 del TS, Rec. Núm. 20137/2017, España, Tribunal Supremo (Sala Segunda), ECLI: ES:TS:2017:4388A, cuando las pruebas inicialmente demostradas daban lugar a la autoría de un asesinato por parte del menor de edad.

socioeducativo cada cierto tiempo determinado por el juez³². El Juzgado de Menores nº 1 de Barcelona impuso a un menor en Auto de 16 de octubre de 2014, la presente medida cautelar como consecuencia de una discusión con su madre que terminó con ésta lesionada por un fuerte zarandeo y golpes en sus brazos y piernas con una bicicleta que portaba.

3) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez. En este sentido, el Juzgado de Menores de Sevilla estimó el recurso interpuesto por el menor que había sido condenado a la medida cautelar de convivencia con grupo educativo y prohibición de aproximarse a menos de 50 kilómetros de la familia nuclear de la víctima del procedimiento o de comunicar con ellos por cualquier medio o procedimiento, a raíz de un delito de encubrimiento³³.

4) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, durante un periodo de tiempo establecido por el juez. Esta medida cuenta con un carácter protector más que cautelar, alejando al menor de la situación de conflicto. Se busca el amparo de la integridad del encausado por considerarse el ambiente en el que vive una situación inapropiada, tendente a posibles disputas, enfrentamientos o mala convivencia que puede repercutir en la actitud del menor.

El tiempo cumplido durante las mismas, se verá abonado en su integridad al que impusiera la sentencia condenatoria, de manera que a la medida final se restará el tiempo acumulado por éstas. Por otro lado, también será satisfecho dicho periodo de tiempo en “otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas”³⁴, llegando incluso, en algunos supuestos, a la compensación de penas.

³² El Juzgado de Menores nº 1 de Barcelona en sentencia núm. nº 88/2015, de 14 de abril de 2015, impuso a un menor en Auto de 16 de octubre de 2014, la presente medida cautelar como consecuencia de una discusión con su madre que terminó con ésta lesionada por un fuerte zarandeo y golpes en sus brazos y piernas con una bicicleta que portaba. SJM 88/2015, España. Juzgado de Menores de Barcelona (Sección 1ª), 14 de Abril de 2015, ECLI:ES:JMEB:2015:15.

³³ Auto 362/2011 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 3ª), 2 de Junio de 2011, ECLI:ES:APSE:2011:233A.

³⁴ Artículo 28.5 LORPM.

Para que puedan ser aplicadas este tipo de medidas, deben existir indicios racionales de comisión del delito por el sujeto, bien por riesgo de obstruir la acción de la justicia bien por atentar contra los bienes o derechos de la víctima. Esto es, la necesidad de que se dé el presupuesto de *fumus boni iuris* (apreciación del buen derecho), donde se vea con claridad esa posibilidad de cometer un delito; y el de *periculum in mora* (peligro de la mora procesal), es decir, que el transcurso del tiempo no derive en un riesgo de que el menor pueda eludir la acción de la justicia y, con ello, transgredir bienes o derechos de la víctima.

Como se ha hecho mención anteriormente, habrá de ser el Ministerio Fiscal de oficio, comunicándose directamente con el Juez de menores, o a instancia de quien haya iniciado la acción penal, solicitando al Fiscal para que tramite su petición, los que den comienzo a estas actuaciones, solicitando la aplicación de estas medidas.

El artículo 28 de la LORPM, recoge el procedimiento por el que el Juez resolverá sobre la propuesta de la medida cautelar, en el que habrá de tener en cuenta siempre el parecer del menor y los dictámenes del equipo técnico y de la entidad pública de protección una vez estudiada la conveniencia o no de la posible adopción de la medida solicitada, sosteniendo como objetivo principal el interés superior del menor. Se deberá contemplar la situación personal y social del menor, así como sus circunstancias psicológicas, educativas y familiares.

En principio, el tiempo máximo de duración de estas medidas cautelares será de seis meses, con eventual prórroga de tres si lo solicitara el Ministerio Fiscal de manera motivada.

Especial mención es la del artículo 29 de la LORPM sobre medidas cautelares aplicables en menores que padezcan algún tipo de enfermedad mental que impida o merme su capacidad de obrar, es decir, que puedan considerarse exentos de responsabilidad o que atenúen la medida a aplicar dependiendo del grado de dicha circunstancia. El citado artículo reseña que:

“Si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20 del CP vigente, se adoptarán las medidas

cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta Ley conforme a lo que establecen sus artículos 5.2 y 9, y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta Ley”.

El artículo prevé situaciones donde el menor enjuiciado sufre algún tipo de trastorno o enajenación mental y nos dirige a la legislación civil, por la que se preverá el internamiento terapéutico por razón de trastorno psíquico del artículo 763 de la LEC. Al igual que la medida cautelar de convivencia en otro entorno familiar o con otra persona, este precepto versa sobre una medida de carácter protector. No se busca primordialmente la reeducación del menor, sino el amparo de este cuando tiene un trastorno psicológico.

2.3. REPERCUSIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

Por otro lado, se encuentran las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores, también llamadas “Definitivas”. Están recogidas en el Título II de la LORPM y, concretamente, en el artículo 7º de la misma.

Hay que diferenciar entre aquellas medidas privativas de libertad destinadas a aquellos menores que cometen delitos de mayor gravedad y las medidas no privativas de libertad, donde, el inculpado, pese a tener libertad deambulatoria y de estancia, ha de estar vigilado y custodiado. También destacaremos las medidas de carácter terapéutico, que serán de aplicación cuando concurren en el menor alguna de las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del CP³⁵.

³⁵ Artículo 5.2 LORPM.

Reguladas en los tres primeros apartados del artículo 7 de la LORPM, las medidas privativas de libertad, son el último recurso en el proceso penal de menores, por su gravedad y la limitación de derechos que implican. Entre ellas y algunas de sus características, se distinguen los internamientos tanto cerrado como abierto o semiabierto o la permanencia de fin de semana.

Cuando sean de aplicación las medidas de internamiento en lugar cerrado, los hechos han de estar considerados como delitos graves por la normativa penal o, si son considerados menos graves, deberán contener en su ejecución el empleo de violencia o intimidación en las personas o hayan generado un grave riesgo para la vida o la integridad física de la víctima. También se podrán aplicar cuando el menor pertenezca a un grupo, banda, organización o asociación que se dedicara a tales fines.

La duración de estas medidas no podrá exceder de dos años, teniendo en cuenta las medidas cautelares que se le hayan impuesto anteriormente. En lo que respecta a las prestaciones en beneficio de la comunidad, no podrán exceder de las cien horas y la permanencia de fin de semana los ocho fines de semana.

En caso de ser precisa la modificación, reducción o sustitución de las medidas impuestas, deberán de ser establecidas por el Juez competente, mediante auto motivado, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del abogado del menor, previa audiencia de éstos y del informe de equipo técnico y, si hubiera, de la entidad pública competente para la protección del menor

Si el menor incurriera en el incumplimiento de la medida privativa de libertad, se procederá al ingreso en el centro del que viniera o uno adecuado a sus características, o se le impondrá otro tipo de medida más conveniente, como pueden ser la suspensión de la medida y el consecuente internamiento por incumplimiento, regulado en el artículo 40.2.c) de la LORPM³⁶. Si la medida fuera no privativa de libertad, el Juez podrá establecer la sustitución de ésta por otra de la misma naturaleza.

³⁶ En este sentido, cabe destacar que, aunque el sujeto cumpla su mayoría de edad durante el tiempo de condena de la medida privativa de libertad, el incumplimiento de ésta, una vez siendo éste mayor de edad, sigue considerándose un quebrantamiento de condena, tal y como se puede observar en la SAP 178/2015, España. Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª), 15 de Diciembre de 2015, ECLI: ES:APCU:2015:519.

Las medidas no privativas de libertad, son consecuencias jurídicas no restrictivas de libertad encaminadas a adquirir habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social. Entre ellas se encuentran, a modo enumerativo:

1. Asistencia a un centro de día
2. Libertad vigilada
3. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez
4. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo
5. Prestaciones en beneficio de la comunidad
6. Realización de tareas socio-educativas
7. Amonestación
8. Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas
9. Inhabilitación absoluta

Como hemos ido nombrando a lo largo de todo el trabajo, el Interés Superior del Menor, está presente en todas las fases del procedimiento, de principio a fin, y, en especial, la aplicación de las diversas medidas tiene relación con aspectos de su vida, que se pueden sintetizar en varios principios, a resaltar los siguientes:

La protección de su vida, así como su desarrollo físico y mental. Cabe recordar que la especial característica de estos sujetos infractores es su corta edad, cuando el hecho delictivo se produce en los años más esenciales de la vida de una persona, ya que es en los primeros años donde se determinan y asientan sus capacidades tanto físicas como mentales. Por ello, las medidas que se impongan han de ser las más adecuadas para no dañar, o interferir lo menos posible y reconducir al menor, en su desarrollo como persona. Si a un menor infractor se le impusieran medidas desfavorables para él, como por ejemplo, el internamiento en un centro penitenciario durante un periodo de tiempo de más de dos años sin programas educativos, podría tener consecuencias irreversibles en su desarrollo físico o mental, desperdiciando, aparte de años imprescindibles de su vida, todas las relaciones familiares y sociales necesarias para formarse como persona.

Satisfacción de sus necesidades básicas, como pueden ser materiales, educativas, emocionales e, incluso, afectivas. Ligado al anterior, este criterio es relevante por el

especial cuidado que se ha de tener en los primeros años de vida de una persona. Nuestro ordenamiento jurídico está encaminado a una resocialización del sujeto, a una reintegración social, revistiendo a cada uno de ellos de todos aquellos aspectos necesarios para la conservación de su vida íntegra. Toda persona necesita de un apoyo material, educativo, emocional y afectivo a lo largo de toda su vida y más aún cuando se encuentra en una situación de internamiento penitenciario o de exclusión social. Si ello es importante, todavía lo es más cubrir esas necesidades en menores infractores que se encuentran en periodos de desarrollo de su vida, de formación como personas.

En ocasiones, opiniones, sentimientos y deseos del menor, estudiando en cada caso muy bien este aspecto, ponderando la prevalencia del mismo cuando existen otras medidas educativas que se pueden considerar más convenientes. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989, garantiza al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, posibilitando al menor oportunidad de ser escuchado en todos los procedimientos judiciales que le afecten. Ello no quiere decir que sea vinculante la opinión del menor en ningún caso, únicamente se asegura que el sujeto pueda dar su parecer sobre las medidas susceptibles de imposición hacia él. Es decir, siempre que se considere que el menor se encuentra en plenas capacidades físicas y mentales y sea adecuada y oportuna su intervención, será oído en el procedimiento que verse sobre él.

Es un aspecto importante pero, sin embargo, como se ha dicho anteriormente, no es vinculante. Siempre que se valore una medida educativa de mayor conveniencia para el menor, habrá de ser impuesta aunque la opinión de éste sea contraria. Gran relevancia cobran aquí los informes de los Equipos Técnicos y del Ministerio Fiscal para salvaguardar el interés superior de estos sujetos. En nuestro CDFFA se establece, en el artículo 6 “el derecho del menor a ser oído, siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años”, observando que en el ordenamiento civil aragonés, se es mayor de edad, además de por el régimen estatal por tener cumplidos los dieciocho años, por haber contraído matrimonio (art. 4 CDFFA) y, en especial, que, a

partir de los catorce años “la representación legal del menor termina” previéndose desde entonces que “su capacidad se completa con la asistencia” (art. 5.3 CDFA)³⁷.

Existe un principio llamado de reintegración familiar, por el que se deberá examinar el entorno familiar en cada caso concreto, si es conveniente o no para el menor y para su desarrollo convivir con su familia o grupo social al tiempo de haber cometido un ilícito penal, ya que ha de ser un ambiente idóneo para este y libre de violencia y de situaciones susceptibles de perjudicarlo. En todo caso se priorizará su permanencia con su familia y el mantenimiento de sus relaciones con ella, siempre y cuando sea adecuado para su desarrollo y reeducación.

Estos principios deben contar con características de resocialización y reinserción de los sujetos, al igual que ocurre en las medidas imponibles a mayores de edad por cometer ilícitos penales.

En el artículo 7.d) de la LORPM se encuentran las medidas de carácter terapéutico, ya sea en régimen cerrado, semiabierto o abierto, que, junto con el tratamiento ambulatorio, pueden ser consideradas una medida real de seguridad y de protección de los menores, aplicables cuando estos presentan problemas psíquicos, psicológicos, enfermedades mentales o adicciones a sustancias tóxicas, entre otras. Estas medidas serán de aplicación en centros específicos que cuentan con especialistas de la materia, problema relevante en España ya que no en todas las CCAA existen centros especializados, lo que obliga a los menores a estar, en ocasiones, lejos de su entorno y a dificultar la finalidad de las medidas que es su reeducación y resocialización³⁸.

El carácter terapéutico de las medidas susceptibles a menores infractores se ve reflejado cuando un menor que comete un ilícito penal y presenta problemas psicológicos o enfermedades mentales que les llevan a cometer los hechos, así como también como

³⁷ María Victoria Mayor del Hoyo, *El derecho a ser oído y escuchado* del libro “El Nuevo Régimen Jurídico del Menor. La Reforma Legislativa de 2015”, 1ª Ed. Aranzadi Thomson, Pamplona, 2017, pp.608.

³⁸ En Aragón se encuentra la Fundación para la Atención Integral del Menor (FAIM), que asume la gestión de diferentes centros dedicados a la atención de la infancia y adolescencia de Aragón en coordinación y colaboración con el Servicio de Prevención y Protección a la Infancia y Adolescencia.

consecuencia de una inadaptación a su entorno familiar, social o educativo en el que se desarrollan.

Es un recurso destinado a una atención educativa especializada para aquellos menores que presenten alteraciones psíquicas, dependencia de sustancias o alteraciones en la percepción de la realidad, que pueden ser resultado de trastornos de atención e hiperactividad o depresivos y de ansiedad, por ejemplo³⁹.

Antes de aplicar este tipo de medidas, se realiza un estudio por parte de psicólogos, trabajadores sociales y educadores, sobre la situación del menor infractor con el fin de proceder a la aplicación de la medida más apropiada para su caso concreto, procurando la protección más adecuada al mismo. En la mayoría de ocasiones, los menores que necesitan de estas medidas terapéuticas son víctimas de historias sociales o psicopatológicas que vienen por un entorno de convivencia familiar y social inestable.

La implantación de programas fundamentalmente educativos está destinada a compensar las carencias educativas que tienen los menores infractores por haberse interrumpido su formación a causa de la comisión de un delito. Para llevar a la práctica la ejecución de las medidas se han de elaborar programas de intervención cuyo contenido ha de estar presidido por actividades socializadoras y educativas.

La finalidad del régimen construido por la Ley no es atemorizar a los menores mediante la imposición de castigos a los infractores para que así se abstengan de delinquir, sino imponer medidas reeducadoras a los menores que ya han delinquido, todo ello sin olvidar el carácter punitivo del proceso⁴⁰.

El criterio interdisciplinario en la toma de decisiones, hace referencia a la profesionalidad y disciplina que han de seguir todos los intervinientes en el proceso de aplicación de medidas. Entre ello, destacamos la necesidad de que cuenten con conocimientos suficientes y adecuados en las distintas áreas de los menores así como con una experiencia notable para la toma de decisiones. Es imprescindible que todos los

³⁹ Montserrat Boscà Cotovad, *El menor infractor de internamiento terapéutico*, Revista de Educación Social, Número 25, Julio de 2017. <http://www.eduso.net/res/winarcdoc.php?id=1059>

⁴⁰ GÓMEZ HIDALGO, JOSÉ IGNACIO, *Finalidad de las Medidas* del artículo “Estudio de las medidas establecidas en la LRPM”, pág. 57.

profesionales que participan en este tipo de procesos, desde el Juez, Ministerio Fiscal o Policía Judicial, hasta educadores o psicólogos, estén completamente conectados y coordinados en el caso concreto, existiendo un alto nivel de compromiso y saber de cada uno de ellos.

En atención a su Interés Superior, por medio de profesionales se ha de establecer un continuo seguimiento del menor en todo el proceso, por supuesto, pero también al tiempo de cumplimiento de las medidas que se le hubieran impuesto con la finalidad de comprobar si realmente se está consiguiendo ese objetivo de reeducación que se pretendía o si es preciso hacer alguna modificación. Corresponderá al Juez de Menores y al Ministerio Fiscal conocer la evolución de estos durante el cumplimiento de las medidas a través de la remisión de los llamados “Informes de Seguimiento” que las entidades públicas competentes y los centros donde se encuentren los menores realizarán.

Este carácter de control se ve reflejado sobre todo en medidas como son las de carácter terapéutico, donde se hace un seguimiento constante del menor por razones de gravedad que hacen su internamiento en un centro especializado. En otras ocasiones, como en la medida de libertad vigilada, este seguimiento se hace para ayudar al menor a superar los factores que determinaron la infracción cometida⁴¹.

⁴¹ Artículo 7.1.h) de la LORPM.

V. CONCLUSIONES. ¿QUÉ PODEMOS ENTENDER POR “INTERES SUPERIOR DEL MENOR”?

En consecuencia, podemos definir el “Interés Superior del Menor”, como aquel principio en materia de menores que prevalece sobre todas las decisiones judiciales; es decir, todos los procedimientos judiciales han de estar sometidos a él, con el fin garantizar su protección en todos los ámbitos personales, familiares y sociales y que le encamina hacia su propia reeducación en situaciones penales, una vez estudiadas sus circunstancias particulares, adoptando diferentes medidas concretas para cada uno de la manera más idónea y que menos perturbe su vida y su rutina.

Una vez estudiado los aspectos más relevantes acerca de este concepto jurídico indeterminado que es el Interés Superior del menor, nos damos cuenta de que su interpretación es amplísima. Es decir, serán considerados y tenidos en cuenta en todos los procedimientos judiciales aquellos aspectos del menor que se consideren relevantes en cada momento como son, la edad, las circunstancias familiares y/o sociales y el desarrollo físico y mental del menor.

Es un parámetro, medida, principio o máxima a tener, prioritariamente, en cuenta, por los jueces, en la resolución de los conflictos en que se vean comprometidos los intereses de los menores. Los jueces, junto con los demás profesionales judiciales y educativos, han de velar por la efectiva adecuación de las medidas susceptibles de imposición a los intereses de cada menor en los procedimientos, valorando caso por caso las circunstancias personales de cada sujeto, estableciendo las medidas más adecuadas al caso concreto y respetando escrupulosamente las garantías procesales.

BIBLIOGRAFÍA

- LIBROS

MAYOR DEL HOYO, MARÍA VICTORIA, *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Ed. THOMSON REUTERS ARANZADI, Navarra, 2017.

PERIAGO MORANT, JUAN JOSÉ, *La ejecución de la medida de internamiento de menores infractores*, Ed. TIRANT LO BLANCH, 2017.

DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL, *Responsabilidad Civil por daños causados por Menores*, Ed. TIRANT LO BLANCH, 2012.

ALTAVA LAVALL, MANUEL GUILLERMO, *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, Ed. TIRANT LO BLANCH, 2002.

- REVISTAS

JIMENEZ DÍAZ, MARÍA JOSÉ, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, ISSN 1695-0194, 4 de Diciembre de 2015.

BLANCO BAREA, JOSÉ ÁNGEL, “Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español”, nº 8/2008 (Segunda Época), 2008.

SERRANO TÁRRAGA, M^a DOLORES, *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, “Las medidas cautelares aplicables a los menores de edad”, núm. 22, 2003.

BOLETÍN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, “El menor ante el ordenamiento jurídico”, núm. 19, Septiembre 2001.

- **CUERPOS LEGALES**

El informe del Consejo General del Poder Judicial, de 30 de septiembre de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia.

Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el de 30 de junio de 1995.

Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010.

Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010.

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014.

Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

- **RECURSOS INTERNET**

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA y NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, PILAR, *El menor infractor y las claves para su tratamiento*, <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/viewFile/837/812>, (Consulta Abril 2018).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Repertorio de jurisprudencia en materia de responsabilidad*, Segundo semestre de 2012, <http://web.icam.es/bucket/Jurisprudencia%20Menores%202012%20segundo%20semestre.pdf>, (Consulta Abril 2018).

INFORMES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO sobre *Centros de protección de menores con trastornos de conductas y en situación de dificultad social* del año 2009, <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2009-01-Centros-de-protecci%C3%B3n-de-menores-con-trastornos-de-conducta-y-en-situaci%C3%B3n-de-dificultad-social.pdf>, (Consulta Marzo 2018).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2016, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos*, <http://s03.s3c.es/imag/doc/2016-09-12/Fiscalia.Circular22016.pdf>, (Consulta Marzo 2018).

CAIRN. INFO, *España la responsabilidad penal de los menores en derecho español*, <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2004-1-page-293.htm>, (Consulta Febrero 2018).

WOLTERS KLUWER. GUÍAS JURÍDICAS, *Proceso penal de menores*, http://guiasjuridicas.wolterskluger.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjc0sjtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAGFXojjUAAAA=WKE, (Consulta Febrero 2018).

- **AUTORES**

GÓMEZ HIDALGO, JOSÉ IGNACIO (Juez Togado Militar de Ceuta), *Estudio de las medidas establecidas en la ley reguladora de responsabilidad penal de menores*, (Consulta Mayo 2018).

TERRERO CHACÓN, JOSÉ LUIS (Secretario General del Consejo General del Poder Judicial), *Aprobación informe al anteproyecto de ley de protección a la infancia*, (Consulta Mayo 2018).

DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL (Fiscal), *Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la fiscalía general del estado y jurisprudencia*, (Consulta Abril 2018).