

La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal

Por JOSEP M.^a TAMARIT SUMALLA

Profesor de Derecho Penal del Estudi General de Lleida
(Universitat de Barcelona)

Entre las múltiples innovaciones que introduce la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (en adelante PANCP) merecen una indiscutible atención las reformas relativas al tratamiento de la minoría de edad como situación jurídica especialmente tutelada, a la luz de los principios constitucionales de protección al menor. Bajo esta óptica, conviene advertir la visión globalizadora de las instituciones de parte general y de parte especial que pretende este estudio, en la búsqueda de un planteamiento global de la infancia, la adolescencia y la juventud en todo el sistema penal, superando los graves escollos de la legislación vigente.

I) LAS BASES PARA UNA PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR

La Constitución española de 1978, dando respuesta a una creciente sensibilización de la sociedad española en las directrices establecidas en las Declaraciones internacionales de Derechos (1), se deshace de una concepción de la minoría de edad como «status» jurídico especial vinculado a la idea de limitación de derechos, con claros tintes autoritarios, y consagra el principio fundamental de protección a la infancia y a la juventud como criterio rector de la actuación estatal. El menor no puede concebirse pues de manera principal como un incapaz, de un modo marginalizante, sino esencialmente como sujeto de derechos específicamente tutelados, y la minoría de edad como situación jurídicamente protegida (2). El tratamiento constitucional de la

(1) Especialmente, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1959. Con posterioridad a la elaboración de la Constitución, el Parlament de Catalunya aprobó el 10 de diciembre de 1981 la Resolución 37/1 sobre «Els drets de la infància».

(2) Así lo han entendido numerosos civilistas. Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil-I*, volumen 1.º, Barcelona, 1980, pp. 239 a 242.

protección del menor gravita, partiendo de los principios indicados, en torno a dos ejes fundamentales:

a) En el marco del Estado Social, se establece como principio rector de la política social la protección de los niños, según previenen los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (arts. 39-4 y 10-2 C.E.), y conforme a la Declaración de derechos y libertades de la propia Carta constitucional.

b) La protección del menor como objetivo final de la protección a la familia, según se desprende del artículo 39, lo cual supone: el deber prioritario de los padres de asistir a sus hijos (cobrando la intervención de los poderes públicos un carácter subsidiario), el carácter tuitivo y funcional de las instituciones de Derecho de familia (según la idea del «beneficio del hijo») (3), la concepción de la familia nuclear (4), la neutralidad valorativa de ésta, y el principio de personalidad (derivado del art. 10-1 C.E.), contrario a una concepción corporativista del grupo familiar.

La alusión que hace la Constitución al niño ha de entenderse, en sentido amplio, referida a la persona menor de edad; de acuerdo con el artículo 12, hasta que no se cumplan los dieciocho años (5).

Dentro de este marco jurídico-político, el recurso por parte del Estado al Derecho penal como instrumento de protección del menor sólo estará justificado cuando los otros ámbitos del Derecho (fundamentalmente, el Derecho de familia) y de la política del Estado, hayan resultado ineficaces, según los principios de necesidad de la pena y de mínima intervención.

Dos son las posiciones que puede ocupar el menor ante el delito: como sujeto activo o como sujeto pasivo. En relación a la primera, la doctrina viene entendiendo que la exención de responsabilidad criminal tiene por fundamento la inimputabilidad del menor de edad, lo cual, lejos de aclarar los motivos de la decisión de no castigar al menor delincuente, nos lleva al centro del debate doctrinal acerca de la culpabilidad, hoy basado sobre todo en la búsqueda de un fundamento superador tanto del liberearbitrismo clásico como del determinismo positivista (6).

Pero si el interés por el menor delincuente está lejos de toda duda, no debe quedar en un segundo término el estudio del menor víctima, pues para establecer las bases de una protección penal total del menor hay que atender a ambos polos de la relación dialéctica del niño o el joven con el ordenamiento penal.

(3) De este modo debe entenderse el derecho, o, mejor, *deber-función*, de la patria potestad y tutela. Vid. DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1982, pp. 355 a 359.

(4) Vid. DÍEZ PICAZO, ob. cit., pp. 37 y 45.

(5) Vid. GÁLVEZ MONTES, en GARRIDO FALLA, Fernando, y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1980, p. 482.

(6) Como estudio relevante sobre el tema, vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en «Estudios de Derecho Penal», Ed. Civitas, Madrid, 1976 (pp. 61 a 65, principalmente). Vid. también QUINTERO OLVARES, Gonzalo, *Introducción al Derecho Penal*, Parte general, Ed. Barcanova, Barcelona, 1981, pp. 160 y 161.

Desde esta segunda perspectiva, el Código penal contiene en la denominada parte especial, diversas disposiciones —la mayoría incluidas entre los delitos contra la libertad sexual o relativos a las relaciones familiares, pero también entre las faltas u otros ámbitos como el tráfico de drogas, los delitos contra el estado civil o contra la intimidad— que toman la edad del sujeto pasivo como dato relevante para la configuración de los tipos o para la determinación de la penalidad —generalmente en sentido agravatorio—. Debe entenderse que ello obedece a una concepción del niño y del adolescente como intereses específicos jurídicamente protegidos, según la idea de protección al menor antes explicada. No cabe, en consecuencia, basar dicho tratamiento jurídico-penal de la minoría de edad en la concepción de ésta como un bien jurídico. Afirmar lo contrario supondría, de entrada, adoptar un concepto excesivamente etéreo y espiritualizado de bien jurídico; pero además no resultaría fiel a la condición del menor como sujeto de derechos. Del mismo modo que en relación al menor delincuente debe reclamarse el respeto a sus derechos como ciudadano —especialmente cuando reivindicamos la necesaria seguridad jurídica en la justicia tutelar (7)—, también hay que afirmar la capacidad del menor para ser titular de bienes jurídicos, en la medida en que participa de relaciones sociales en el seno de una sociedad democrática, en la cual cada bien jurídico se configura en torno del menor como persona humana y ente social (8).

Desde esta óptica, el menor puede ser sujeto pasivo de prácticamente todos los delitos del Código penal. Por otro lado, sin embargo, existen unos bienes jurídicos específicos, derivados directamente de la repetida condición del menor como interés jurídicamente protegido, y que se establecen como sigue:

De un lado, la *situación de heteronomía del niño*, o la imprescindible atención de los mayores para su subsistencia (física, moral o afectiva).

Por otra parte, el *proceso madurativo* y de desarrollo de la personalidad del niño y del adolescente, con lo que se trata de prevenir frente a experiencias traumatizantes y la nocividad del entorno más inmediato que vive el menor, y todo cuanto pueda segar las bases

(7) Numerosos autores han criticado la falta de garantías de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores. Cabe citar, sin la pretensión de ser exhaustivo, a GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther, *Las medidas aplicables al menor en el Derecho Penal Español*, Tesis Doctoral inédita, Barcelona, 1977-1978. También, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *La Justicia de menores: presente y futuro*, en el libro «Jornades de treball. La delinqüència juvenil: perspectives d'actuació a les comarques gironines», Barcelona, 1984. Finalmente, GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, en *Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad*, en p. 169, en el libro publicado sobre la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal por el Ministerio de Justicia, «Documentación Jurídica», Madrid, 1985, 2 volúmenes.

(8) Es en el desarrollo de esas relaciones sociales que pueden producirse procesos que comprometan o lesionen bienes jurídicos. En este mismo sentido, Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal español* (Parte General), Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 62 a 64.

de su personalidad, que le permitan ejercer, en su momento, su *derecho a la libertad personal*.

Aparte de las figuras delictivas que encuentran su *ratio legis* en la condición del niño o el adolescente como interés jurídicamente protegido (así, en el delito de estupro, el abandono de niños, la sustracción de menores, o parte de los delitos relativos al estado civil), la opción del ordenamiento penal por dicha especial protección se traduce, en los otros tipos, en una agravación de la penalidad cuando la víctima es menor de una edad determinada; lo cual se obtiene, en el Código vigente, no sólo con las cláusulas específicas de diferentes tipos (9), sino también con el juego de las circunstancias agravantes de alevosía, abuso de superioridad y desprecio de edad (10).

Cabe preguntarse, entonces, donde se encuentra el fundamento de ese plus de penalidad; concretamente, conviene saber si radica en la antijuricidad o en la culpabilidad. Tal como viene planteado en nuestro Código, puede decirse que la condición de menor del sujeto pasivo aumenta el desvalor de resultado, por lo que la indicada fórmula legal fundamentada en la necesidad de protección al menor *afecta al injusto*. Formulado en sentido negativo, ello quiere decir que no sufre alteración alguna el juicio de reproche dirigido al autor del delito por el hecho objetivo de que la víctima reúna una determinada condición biológica (11). Optar por esta estructura típica establecida en el vigente Código, de carácter marcadamente causal, supone sin duda sacrificar las garantías derivadas del principio de culpabilidad en favor de una solución que asegure la protección del menor en todos los supuestos que puedan comprometer el desarrollo de su personalidad. Evidentemente, el mejor sistema sería aquél que conjugara a la perfección ambas exigencias de un Derecho penal progresista, pero no creemos que ello fuera posible partiendo de una configuración finalista de las indicadas cláusulas agravatorias (12), pues con ello se contraría la función garantizadora de la antijuricidad y se desdibujaría la posición del menor como víctima en el desvalor de relación social (13); a lo cual podría añadirse todavía la problemática de la crisis del concepto de culpabilidad (14). La mejor solución posible será, en-

(9) Vid., por ejemplo, los arts. 344-2 y 431-2 del Código penal.

(10) Vid. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.^a Isabel, *La minoría de edad penal*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 2, 1983; para dicha autora, la apreciación en estos casos de una de las agravantes excluye la de las otras dos, por estar relacionadas entre ellas a modo de círculos concéntricos (así, la alevosía excluye a las otras dos, y el abuso de superioridad a la de desprecio de edad), p. 399.

(11) En este sentido, sucede lo mismo con los párrafos 2.^o del art. 344 y 2.^o del 431, que con la determinación de la penalidad por el resultado en el delito de lesiones del art. 420.

(12) DEL TORO considera, sin embargo, preferible la configuración del tipo según una estructura final, tal como estaba antes de la Reforma del delito de tráfico de drogas. Vid. DEL TORO MARZAL, Alejandro, *Tráfico de drogas*, en «Revista Jurídica de Catalunya», núm. extra *El Proyecto de Código Penal*, 1980.

(13) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., p. 181.

(14) Se vuelve con ello a la problemática a que hacíamos referencia en

tonces, aquella que, partiendo de la formulación actual, introduzca mecanismos legislativos, junto a criterios interpretativos, que atemperen el rigor causalista para ponderar la responsabilidad del autor por el hecho cometido.

II) DEFICIENCIAS DEL ACTUAL CODIGO PENAL

El Código penal vigente en el Estado español, resultado de una herencia histórica de origen decimonónico y de un aluvión de nuevos preceptos que a lo largo de muchos años se le han ido incorporando en sucesivas reformas, forzando un tanto su caduca estructura, carece de un planteamiento global de la infancia, la adolescencia y la juventud. Ello se traduce, por un lado, en la inexistencia de un concepto penalmente relevante de la minoría de edad, y, en segundo lugar, en las disfunciones existentes en muchos tipos penales que contradicen los mandatos constitucionales de protección al menor y respeto a sus derechos.

II.1. *Inexistencia de un concepto penalmente relevante de menor de edad*

En relación al primer problema apuntado, debe advertirse que no hay un concepto de menor unitario, válido pues para el menor delincuente y para el menor víctima, ni tampoco existe dicha congruencia con respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico.

El tratamiento, obsoleto y formulario, de la minoría de edad en la parte general del Código, se reduce a la declaración de inimputabilidad del menor de dieciséis años (art. 8,2) y la consiguiente remisión a los Tribunales Tutelares de Menores como jurisdicción especial, y, en relación a la «edad juvenil» de dieciséis y diecisiete años, una mera atenuación de penalidad (arts. 9-3 y 65) unida a la posibilidad de sustitución de pena por medida indeterminada prevista en el desafortunado artículo 65 (15). La exención de responsabilidad del menor de dieciséis años no se corresponde con el límite que la Constitución establece para la mayoría de edad política (art. 12 C.E.), ni tampoco con la mayoría civil, ambas fijadas en los dieciocho años.

Algunos autores no ven inconveniente en el hecho de que el límite de la mayoría de edad penal no coincida con el señalado en los

la nota núm. 6, y que tratan, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG y QUINTERO OLIVARES, en respectivas obs. cit.

(15) Puede decirse sin reparos que la sustitución prevista en el art. 65 de la pena por medida indeterminada agrava en definitiva el tratamiento del menor de dieciocho años, llevando hasta consecuencias inverosímiles un preventivismo especial exacerbado. Aunque quizá lo mejor que pudiera decirse es que dicha sustitución no se ha aplicado en la práctica. En sentido crítico, Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel, *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código Penal español*, en el libro «Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho», en homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970.

ámbitos civil y político. La indicada observación resultaría plausible en relación al Derecho civil, en la medida en que la minoría de edad tan sólo supone en el Derecho privado una causa de restricción de la personalidad jurídica en supuestos determinados, como excepción a la regla general que es la capacidad de obrar (16). Sin embargo, aún en este caso hay que explicar el porqué de algunas restricciones de dicha capacidad y por qué el límite de los dieciocho años y no otro anterior.

En la esfera estrictamente penal, dejando aparte los intentos de adelantamiento de la mayoría de edad propugnados desde posiciones conservadoras y defensas (17), se ha planteado la necesidad de dicho adelantamiento —desde otra perspectiva— como medida que, conjugada con el establecimiento de un Derecho penal juvenil respetuoso de las garantías penales y procesales ligadas a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, permitiera enfrentar a los jóvenes a su propia responsabilidad y singularizar la reacción penal imponiendo un tratamiento adecuado a la edad del delincuente. En tal sentido se pronuncia González Zorrilla, quien defiende la diferenciación del menor de los adultos, «no en base al indemostrable criterio de la irresponsabilidad, sino en base a la distinta entidad y naturaleza de la reacción penal, dotando a ésta del contenido educativo necesario para estimular el proceso de socialización del adolescente» (18). Sin dejar de reconocer las buenas intenciones de la propuesta, continúa sin explicarse el motivo con base en el cual se hace penalmente responsable a quien civil y políticamente no lo es en su plenitud. Más lógico parece resolver la duda en que nos deja el indemostrable concepto de culpabilidad en favor de la mínima intervención penal (*in dubio pro libertate*), sobre todo partiendo de la evidencia de que un Derecho penal juvenil con las debidas garantías puede existir igualmente con o sin declaración de inimputabilidad.

Por otro lado, atendiendo a las distintas figuras delictivas que toman la edad del sujeto pasivo como dato relevante, podemos confirmar la falta de coherencia que denunciamos en lo referente al concepto de menor penalmente relevante, en función de los límites de edad establecidos en los diferentes delitos. La irracionalidad de la fijación

(16) El art. 32-2 del Código civil señala que la menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez y la prodigalidad no son más que restricciones de la personalidad jurídica». La emancipación constituye, además, en el Derecho civil español, un supuesto de adelantamiento de la llegada a la mayoría de edad (arts. 314 y ss. C. c.). Por otra parte, el menor de dieciocho años puede contraer matrimonio (arts. 46 y 48 C. c.), o puede adquirir la posesión de las cosas por sí solo (art. 443 C. c.).

(17) El Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal de 1972 señalaba el límite de la minoría de edad penal en los quince años, y el mismo criterio acogió el Proyecto de Código Penal de 1980. Favorables a este adelantamiento se muestran, sin más matizaciones, SERRANO GÓMEZ, en *La delincuencia juvenil en España*, estudio criminológico, Madrid, 1970, pp. 33 y 34, 179, 182 y 326; y también CEREZO MIR, José, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, pp. 137 y ss.

(18) GONZÁLEZ ZORRILLA, en ob. cit., Cfr. p. 179. Dicho autor propone el adelantamiento hasta los doce, trece o catorce años.

de dichos límites a lo largo del Código era ya manifiesta en el Código de 1870, pero con las sucesivas reformas habidas (mayoría de edad, estupro, tráfico de drogas, escándalo público...) se ha descubierto en toda su radicalidad. El rosario de límites de edad comprende los siguientes escalones: siete años (art. 484 y 488), doce (art. 429-3 y 440-2), dieciséis (art. 266, 446 in fine, 435, y 8-2), dieciocho (486, 344, 434, 544 y 9-3), veintiuno (431-2) y veintitrés (art. 452 bis). En un Código en el que la tónica dominante es, en materia de edad, un auténtico desorden sistemático, no puede encontrarse una concepción unitaria del menor como sujeto protegido.

También viene a ser una muestra de esa falta de congruencia en la delimitación del menor de edad, la imprecisión y vaguedad de las referencias al menor en los diversos preceptos que consideran el tema. Así, se habla de «menor de edad» en los artículos 443 y 486, y de «niño» en los artículos 468 y 488, señalando éste que debe ser niño de edad inferior a siete años, mientras el artículo 484 —que toma también como límite máximo los siete años— utiliza la palabra «menor» o «niño», lo que produce una cierta confusión que no facilita un criterio interpretativo a los efectos del artículo 468-1 que se refiere simplemente a «niño» sin señalar edad alguna. El párrafo segundo de este último artículo habla de ocultar o exponer a un «hijo», sin indicar tampoco edad, lo que plantea problemas concursales e interpretativos relacionados todos ellos con el artículo 488. Debe también criticarse la vaguedad que envuelve a la palabra «menor» cuando no va acompañada de ningún indicador de edad ni otras circunstancias —una especial incerteza rodea las referencias de los artículos 443 y 446—, y, sobre todo, la expresión «juventud» del artículo 446.

II.2. *Configuración disfuncional de los tipos y cláusulas protectoras*

Entre los inconvenientes de la actual legislación penal relativa a menores, tiene que hacerse una observación sobre los problemas sistemáticos. Los tipos que describen ataques específicos a niños o adolescentes se hallan dispersados a lo largo de diversos títulos del Código. Ello, que, por una parte, se justifica por el hecho de que los ataques al menor no siempre lesionan, como se ha dicho, todos un mismo bien jurídico sino los genéricos de todos los individuos (libertad, salud, seguridad...), no puede aprobarse como criterio indiscutible para todos los casos, máxime cuando, como sucede a menudo, las rúbricas de los capítulos no precisan o no se corresponden con los intereses tutelados en los tipos que acogen. No puede entenderse desde una orientación protectora del menor que, por ejemplo, el delito de abandono de niños tenga mayor relación con el de detenciones ilegales que con el de sustitución de un niño por otro, la ocultación o exposición de niño, o incluso con el de corrupción de menores o infanticidio. La actual sistemática, que no ha variado en nada de la establecida en los Códigos de 1848 y 1870, descubre que en la elaboración del Código no se ha tomado en consideración la preocupación por el menor en la línea antes apuntada.

Por otra parte, debemos añadir a las críticas efectuadas hasta ahora, la observación de una serie de anomalías, que se desprenden del estudio comparado de diversos preceptos del Código, que revelan no sólo incomprensibles errores legislativos, sino el escaso interés del legislador por una adecuada protección de los menores. Nos referimos a casos en que, contraviniendo el que debiera parecer criterio general del Código —quizá es ya más justo afirmar que no existe dicho criterio general— los ataques a bienes jurídicos pertenecientes a menores resultan privilegiados frente a los mismos ataques cuando los sujetos pasivos son mayores de edad, lo cual se produce en dos ocasiones sobre todo:

a) En determinadas conductas constitutivas de delitos relativos a la prostitución o corrupción de menores, según se desprende de los artículos 452 bis-a) y 452 bis-b), castigándose la corrupción de menores con prisión menor en sus grados medios y máximo, mientras que algunas conductas efectuadas contra mayores de veintitrés años reciben la misma pena en su grado máximo (19).

b) El delito de sustracción de menores de siete años (art. 484), castigado con la pena de presidio mayor, la misma prevista para las detenciones ilegales (art. 480), resulta privilegiado en relación a este último delito cuando concurren las circunstancias del artículo 481. También resulta desproporcionada dicha penalidad del artículo 484 en relación a la prevista para el delito de raptó —incluso el de menores de doce años—, pues en ambos casos se impone la de prisión mayor, sin atender al plus de desvalor que hay en el raptó, manifestado en el elemento subjetivo de la finalidad de atentar contra la libertad sexual (20).

II.3. Aspectos penales de las relaciones paterno-filiales

El Código civil, a través de la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981, se ha adaptado a los criterios constitucionales, configurando la idea del beneficio del hijo y del mejor desarrollo de su personalidad como la médula de toda la regulación civil de las relaciones paterno-filiales, que funcionaliza el derecho (o deber) de la patria potestad, despojándolo de sus contornos romanistas y patriarcales (21).

Por el contrario, el Código penal sigue albergando un concepto desfasado de familia en sentido corporativo, «otorgando al colectivo familiar el carácter de ente que está por encima de sus miembros, a modo de peldaño intermedio entre el Estado y el individuo» (22).

(19) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, 1976, pp. 180 y ss.

(20) La referida desproporción pone de relieve la falta de sentido del delito de raptó. La mejor solución sería reconducir los supuestos hoy comprendidos en esa figura a las detenciones ilegales o sustracciones de menores, en concurso, caso de consumarse los atentados a la libertad sexual, con violación, abusos deshonestos o estupro.

(21) Vid. DÍEZ PICAZO, ob. cit., pp. 355 a 358.

(22) Cfr. DÍEZ PICAZO, ob. cit., p. 123.

Con esa concepción del «orden familiar» como bien jurídico no se sitúa la protección del menor en el lugar que se merece, subordinándola a una determinada manera de entender la institución familiar. Ejemplo de ello lo constituye el delito de abandono de familia (art. 487).

Una de las manifestaciones de la indicada ideología corporativista se evidencia en la configuración de las relaciones paterno-filiales al modo patriarcal, con la figura del padre como jefe doméstico que goza de ciertos derechos sobre los hijos, que exceden de la idea funcional del beneficio de éstos y de los principios formativos, de educación y soporte al desarrollo de su personalidad.

En principio, cabe suponer que la especial relación paterno-filial se toma en consideración por el Código, conforme a la indicada idea protectora del menor, como circunstancia agravadora de la responsabilidad cuando el padre o la madre es sujeto activo del delito, y así sucede en los artículos 488-2, 434-2, 452-bis-g) y 445. Sin embargo, conforme a la repetida ideología corporativista encontramos otro grupo de delitos de los que se desprende un cierto *poder* de disposición del padre como jefe sobre sus hijos lo cual se hace patente en diversas ocasiones a lo largo del Código penal:

a) La configuración de un derecho de corrección exorbitante, de modo que, basándose en la facultad que el artículo 154 del Código civil concede a los padres para «corregir razonada y moderadamente a sus hijos» sujetos a patria potestad, la doctrina ha pretendido fundamentar en el ejercicio de un derecho (art. 8-11 C. p.) una causa de justificación de comportamientos despóticos y agresivos de los padres (23). Dicha interpretación debe restringirse al máximo, de lo contrario se aceptaría la existencia de un derecho sobre los bienes jurídicos de otra persona, incluso los personalísimos, como lo es la integridad física.

b) En la regulación de las lesiones, suprimido por la Reforma de 1983, el último párrafo del artículo 420 —que mantenía en el ámbito de las lesiones una diversidad de trato que en el parricidio había desaparecido en el siglo XIX—, ha quedado todavía en el artículo 423 un tipo cualificado de lesiones menos graves cuando el ofendido sea padre, ascendiente, tutor, maestro o persona constituida en dignidad o autoridad pública. Debe resaltarse la incongruencia que supone castigar aquí más severamente la conducta del delincuente joven cuando en parte general hay acuerdo unánime en favor de la atenuación de pena.

c) En el delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 497, la cláusula del párrafo tercero excluye la imposición de la pena a los padres o tutores en cuanto a los secretos de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia, con lo que se ignora al menor como sujeto de derechos, y, por tanto, portador de un bien

(23) Como ejemplo, Vid. CÓRDOBA RODA, Juan *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972. Vid. lo relativo al art. 8,11, donde se comenta tal derecho de corrección, procurando establecer límites que garanticen su ejercicio no abusivo.

jurídico, la intimidad, la violación del cual queda sistemáticamente amparada por el Código penal (24).

Resumiendo las interpelaciones planteadas por los preceptos comentados, a los que podrían añadirse el delito de infanticidio (art. 410), la falta del artículo 583-5, o los problemas de la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, tenemos que: por un lado, *se exige* al padre un mayor cuidado hacia su hijo que el que es exigido al resto del los ciudadanos, lo que se manifiesta en lo relativo a la protección del menor frente a los peligros exteriores contra su integridad física o moral; y, por otra parte, *se reconoce* al padre una autoridad sobre su hijo manifestada en un cierto poder de disposición y de corrección, relativamente amplio.

Esta concepción dualista de las relaciones paterno-filiales en el Código penal, aparentemente contradictoria, puede encontrar su explicación, aparte del argumento no por repetido menos válido de las deficiencias legislativas que precisamente se descubren en el estudio comparado de los distintos capítulos y que en este caso sirven para situar al menor en clara posición de desventaja, en una determinada valoración de las relaciones paterno-filiales, que condiciona la configuración de la protección del menor, y que en el fondo resulta menos contradictoria de lo que parece. Dicha valoración se concreta en una *concepción asistencial en sentido paternalista* de la protección del menor: El hijo como objeto al que se protege, pero sin contar con él en un sentido dinámico en tanto que titular de derechos por sí mismo, y el padre como institución un tanto «sacral» a la que se exige una conducta intachable en relación a sus hijos menores y al mismo tiempo —como el reverso de la misma moneda— se le concede poder y autoridad sobre ellos.

Para terminar este breve repaso, debe hacerse referencia a las medidas de privación de los derechos a la patria potestad o tutela del reo cuando el ofendido por el delito es el destinatario de tales funciones. Así ocurre en los artículos 446 y 452 bis-g), y en el 487, aunque se encuentran a faltar en otros preceptos como el abandono de niños o delitos contra el estado civil. Dichas medidas habían sido fuertemente criticadas por la doctrina, pues eran contempladas como manifestación de la pena accesoria de interdicción civil (25). La Reforma Urgente y Parcial de 1983 ha aliviado los aspectos negativos de dicha regulación al suprimir la criticada pena de interdicción civil, permitiendo, no obstante las deficiencias técnicas, una nueva interpretación político-criminal de dichas sanciones privativas de derechos, orientadas a la protección del menor. Tras la Reforma, entendemos que el debate no debe centrarse en la naturaleza de penas o medidas de las indicadas sanciones —tal como han parecido entenderlo algunos autores (26)—,

(24) Vid. MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ed. Destino, Barcelona, 1984, pp. 196 y 197.

(25) Vid. art. 43 del Código anterior a la Reforma de 1983, así como los arts. 27 y 45, también anteriores a dicha Reforma.

(26) Entre ellos, GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La supresión de la pena de interdicción civil*, en LA LEY, año V, núm. 1.060, Madrid, 1984.

pues esta dicotomía ha sido superada ya por la moderna doctrina partidaria del «retorno a un nuevo monismo» (27), con lo que el hilo conductor de la labor interpretadora debe radicar en la orientación político-criminal tuitiva para el menor que ilumina las repetidas sanciones (28).

II.4. *La protección del menor en los diferentes tipos*

La mayor parte de ataques a bienes jurídicos de los que aparece el menor como titular de una forma explícita, se recogen en el Código vigente en los Títulos IX y XII relativos a los «delitos contra la honestidad» y «delitos contra la libertad y la seguridad». El mayor inconveniente de la actual regulación está constituido por la imprecisión de los bienes jurídicos que los tipos legales pretenden proteger, lo cual dificulta la configuración de estos tipos en torno a bienes jurídicos individuales de los que pueda el menor aparecer como titular.

En este sentido, en lo referente al primero de esos Títulos, lo que debe proteger el Derecho penal sexual en lo relativo a las agresiones sexuales contra menores de edad no es una determinada moral sexual colectiva ni la necesidad de inculcar en éstos ciertos comportamientos socialmente apreciados (sanos u honestos), sino la protección de la libertad. Esta libertad se materializa en el caso de los menores a través de la custodia de un área, asentada en lo volitivo y por tanto sujeta al proceso madurativo de la persona, resguardada de agresiones que puedan violar la, real o presunta, presente o futura, autodeterminación sexual del menor (29). La descripción típica de los comportamientos contenidos en el delito de estupro viene comprometida, sin embargo, por las connotaciones moralistas del término estupro, o de la expresión «honestidad».

En cuanto a los delitos comprendidos en el Título XII, debe advertirse la imposibilidad de refundir los diversos bienes jurídicos protegidos existentes en un solo título con una idea globalizadora. Los problemas sistemáticos y de delimitación del sujeto pasivo, la imprecisión de los bienes jurídicos protegidos, las incongruencias en las penalidades y la presencia de figuras delictivas que introducen intereses a proteger totalmente disfuncionales, son los principales inconvenientes de este ámbito típico.

Por último, debe postularse la necesidad de un replanteamiento, a la luz de los principios constitucionales, de los límites de interven-

(27) El concepto de «retorno a un nuevo monismo» constituye una construcción integradora de penas y medidas en unas mismas garantías penales y con una misma orientación político-criminal. Vid., en este sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, ob. cit., p. 30.

(28) En este sentido, Vid. MORALES PRATS, Fermín, *Fundamento político-criminal de la supresión de la pena de interdicción civil*, en «La Personalitat Civil - Anuari de la Facultat de Dret», Estudi General de Lleida, 1984, p. 225.

(29) Entre los autores que defienden la idea de libertad sexual como bien jurídico protegido en los llamados delitos sexuales, Vid. especialmente el estudio de Díez RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal ante el sexo*, E. Bosch, Barcelona, 1981.

ción del Derecho penal, que en el actual Código resultan sobrepasados en determinados delitos relativos al menor, y, de modo especial, en las faltas. Asimismo, es imprescindible la adaptación del sistema penal a las exigencias de una sociedad pluralista y tolerante, renunciando a convertirlo en instrumento de imposición de reglas o convicciones morales particulares. En estos y otros aspectos, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal se erige como una valiosa aportación de soluciones penales más acordes con los principios que rigen actualmente nuestra sociedad democrática.

III) ANALISIS DE LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CODIGO PENAL

Del breve estudio crítico efectuado anteriormente sobre el Código penal vigente, se desprende con claridad que el profundo replanteamiento que requiere el tratamiento penal de la minoría de edad como situación jurídicamente protegida, no puede abordarse más que en un marco jurídico positivo diferente, que conduzca la reacción penal según las exigencias de una sociedad democrática avanzada (30), a la luz de los principios constitucionales. A esta necesidad responde la PANCP remitida por el Ministerio de Justicia, que se analiza a continuación en los distintos aspectos que afectan al tratamiento del menor.

III.1. *Replanteamiento de la minoría penal: los límites de edad y el tratamiento del joven delincuente*

La nueva formulación de la minoría de edad penal que ofrece la PANCP en su Libro I responde a la necesidad de favorecer soluciones adecuadas para una política criminal que persiga como objetivos inseparables la lucha contra la delincuencia juvenil y la protección de los menores. Dicho imprescindible replanteamiento debe hacerse logrando la armonización entre los dos aspectos esenciales del problema: la fijación del límite o límites de edad determinantes de la irresponsabilidad criminal de los menores o de la exclusión de éstos del Derecho penal de los adultos, y la legislación sobre el tratamiento previsto para antes y después de alcanzar el límite de edad. Sólo una visión conjunta de ambos aspectos nos permitirá dilucidar si la contemplación de la minoría de edad en el Código penal se desenvuelve en un sentido progresivo, a pesar de que debido a las lógicas limitaciones de este trabajo y a la inexistencia de datos suficientes sobre la reforma de la referida legislación, nos centraremos en las innovaciones introducidas en el texto de la indicada Propuesta.

La novedad fundamental de dicho texto está en la elevación del período de irresponsabilidad hasta los dieciocho años, según prevé el

(30) Vid. Preámbulo de la Constitución española.

párrafo tercero del artículo 22 entre «las causas que eximen de la responsabilidad criminal». Con esta importante modificación se conseguiría, por primera vez en la historia legislativa española, una equiparación de los límites de la mayoría de edad civil, política y penal, y se avanzaría en una política criminal progresista fundamentada en el principio de humanidad y en el de mínima intervención (31). No obstante la impresión satisfactoria que nos produce esta elevación del límite de edad, debemos advertir que con la lectura de la Propuesta de Anteproyecto no se puede conocer cuál será el tratamiento que nuestra legislación dispensará a los menores de edad que cometan algún hecho delictivo, por cuanto el citado párrafo tercero del artículo 22 reproduce más o menos exactamente la misma fórmula contenida en el artículo 8-2 del Código vigente. Por otra parte, en la Disposición Final segunda, se dice que el Gobierno, en un plazo de seis meses, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre «Derecho Penal Juvenil». De todo ello puede deducirse lo siguiente: por un lado, se descarta la instauración de un sistema semejante al establecido en Alemania, basado en un especial Derecho de Menores *responsables*, que contemple factores de flexibilización del rigor de la fórmula biológica pura en cuanto a la fijación del límite de edad, como puede ser el período de juventud de los dieciocho a los veintiún años o la remisión a juicios valorativos del desarrollo de la personalidad del menor: por otra parte, se aparca la decisión sobre el tratamiento de los delinquentes menores de dieciocho años hasta que se promulgue la nueva Ley sobre Derecho Penal Juvenil, la cual deberá establecer las conductas tipificadas como delitos según dicho Derecho Penal Juvenil, así como el cuadro de sanciones y medidas aplicables, y las normas procesales, todo ello encuadrado orgánicamente en los *Juzgados de Menores*, según establece la recién promulgada Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 96 y 97. En este sentido, conviene acomodar la redacción del artículo 22-3 de la Propuesta a lo establecido por dicha Ley Orgánica, dado que en su artículo 97 atribuye expresamente a los Jueces de Menores la facultad reformadora de «los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delito o falta» (32). Con ello se acaba con los Tribunales Tutelares de Menores como jurisdicción especial, y se configura un nuevo órgano jurisdiccional especializado dentro de la jurisdicción ordinaria.

La creación de este nuevo órgano judicial, así como la previsión de la Disposición Final 2.^a de la PANCP sobre una futura Ley sobre Derecho Penal Juvenil, constituye sin duda el anuncio del fin de una etapa histórica en que la sustracción del menor del Derecho penal ha comportado un abandono de garantías y del respeto a los derechos fundamentales del menor. Ahora sólo cabe esperar que la redacción

(31) Vid. QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 208.

(32) También prevé el art. 97 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la posibilidad de que la futura Ley sobre Derecho Penal Juvenil, o cualquier otra Ley de protección de menores, atribuya a los Jueces de Menores otras funciones: podemos pensar, por ejemplo, en la actual «facultad protectora» atribuida hoy a los Tribunales Tutelares de Menores.

de la deseada Ley sobre Derecho Penal Juvenil ofrezca una respuesta democrática avanzada al problema del tratamiento de la delincuencia juvenil, bajo la concepción del menor como sujeto de derechos, favoreciendo una serie de medidas ajustadas de modo elástico a las distintas condiciones y personalidad de los menores en las sucesivas etapas de su desarrollo.

El período de edad comprendido *entre los dieciocho y los veintiún* años es contemplado expresamente por la PANCP, que ofrece un sistema realmente prometedor por la orientación resocializadora para el joven delincuente que se le imprime, así como por su grado de flexibilidad, que permitirá una individualización de la pena o medida aplicable. El artículo 99 establece que al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometiere un delito podrá el Tribunal razonadamente y previos informes —entre ellos, uno de carácter criminológico— acerca de un pronóstico de comportamiento futuro que revele la posibilidad de comisión de nuevos delitos, sustituirle la pena de prisión que le sea impuesta por el internamiento en un centro reeducador para jóvenes delincuentes por un tiempo no superior al de dicha pena, sin que en ningún caso este internamiento pueda exceder de cuatro años. Lo más atractivo de la propuesta está, sin embargo, en la armonización de dicho precepto con otros de carácter genérico —no referidos específicamente a los jóvenes de la indicada edad— que, dando respuesta al principio de necesidad de la pena, favorecen al mismo tiempo la reinserción social del delincuente, sobre todo del más joven: se trata, concretamente, de la suspensión del fallo de las sentencias condenatorias y la suspensión de la ejecución de la pena, previstas en los artículos 74 y 77 de la Propuesta, respectivamente. Dichas formas de suspensión exigen precisamente un pronóstico favorable de que el sujeto no cometerá delito en el futuro, emitido por el juez, previos los informes que estimare convenientes y, en todo caso, uno de carácter criminológico. También figuran como condiciones necesarias para dejar en suspenso el fallo, que la pena a imponer no sea grave, y que del delito no se deduzcan responsabilidades civiles o se hayan satisfecho en lo posible las que se hubieren originado. De una interpretación conjunta de ambos preceptos, extraemos como criterio orientador del tratamiento penal de los jóvenes de dieciocho a veintiún años en la PANCP el siguiente: Que siempre que no se trate de una pena a imponer grave y que no queden pendientes responsabilidades civiles derivadas del delito, *el Juez deberá proveerse de los informes* que estimare convenientes —uno de criminológico, en todo caso— *con el fin de emitir un pronóstico acerca de la probabilidad de comisión de nuevos delitos*; y según sea favorable o no a dicha probabilidad aplicará la medida de seguridad del artículo 99 o la suspensión de fallo, respectivamente. Debe advertirse que ello es válido sólo como principio orientador, por cuanto *el pronóstico emitido por el Juez no tiene carácter vinculante* para la decisión de imponer el internamiento o la suspensión del fallo, sino que de los artículos 74 y 99 se deduce que el Juez también podrá considerar preferible la aplicación de la pena correspondiente —así parece despen-

derse de las expresiones «motivadamente», «razonadamente» y el «podrá» del artículo 99—. Ello resulta apropiado en la medida en que permite un buen margen de flexibilidad, tan necesaria, sobre todo, en el tratamiento de jóvenes delincuentes. Sin embargo, el hecho de que el pronóstico no sea vinculante no impide la adopción del referido criterio como principio interpretativo de carácter general, lo cual exige que el Juez sólo podrá desvincularse del pronóstico emitido, y, en consecuencia, decidir no imponer ni la medida de internamiento en centro reeducador ni suspender el fallo, *cuando ello sea necesario para la resocialización del delincuente* —conforme al principio orientador de las penas del artículo 25 de la Constitución—. Para este supuesto, y también para el caso de imponer una pena grave o quedar pendientes responsabilidades civiles derivadas del delito, encontramos a faltar la posibilidad de una atenuación de la pena.

La PANCP ofrece otras innovadoras soluciones que pueden resultar especialmente interesantes para el joven de edad comprendida entre los dieciocho y los veintiún años, como la sustitución de la condena de prisión inferior a dos años por la de arresto de fin de semana o por el sistema de días-multa, en atención a las circunstancias del hecho —*entre las que, a nuestro entender, figura la edad juvenil*—, según los artículos 82 y 83. Debe también remarcarse el amplio abanico de posibilidades que ofrecen las medidas de seguridad: así, el internamiento en centro psiquiátrico, de deshabitación —importante novedad para el tratamiento de toxicómanos—, pedagógico especial, reeducador o de terapia social. En suma, prometedoras innovaciones que nos permiten aguardar con esperanza una radical transformación de las caducas estructuras del Derecho penal vigente en aras a un mayor empeño en el objetivo de recuperación para la sociedad de los jóvenes delincuentes.

III.2. *La protección del menor en las diversas figuras delictivas*

Recogiendo las críticas efectuadas al tratamiento del menor como sujeto pasivo en el vigente Código, aparece con claridad la necesidad de llevar a cabo un replanteamiento de la actual sistemática, a tenor de una serie de consideraciones político-criminales básicas que a continuación se proponen.

Por lo que se refiere a los límites de edad en base a los cuales deben establecerse las distinciones en la esfera de los sujetos pasivos, a efectos de penalidad o de mera tipicidad, debería reconducirse toda la amalgama de edades actualmente vigente a dos momentos principales: los *doce años*, como edad ligada a la llegada de la pubertad —al menos para las mujeres— y que permite separar, por tanto, la infancia de la adolescencia; y los *dieciocho*, como edad de asunción de una plena responsabilidad personal y ante la sociedad, manifestada en el alcance de la mayoría de edad a todos los efectos (penal, civil y político). Al límite máximo de los doce años del sujeto pasivo debieran llevarse todas las figuras delictivas que se fundamentan en la absoluta falta de autonomía y capacidad personal para decidir, como

sucedee en la presunción «iuris et de iure» de violación, o en el abandono de niños y la sustracción de menores. Los dieciocho años son el límite máximo adecuado para las figuras basadas en un proceso de limitación del consentimiento del adolescente o simplemente en la necesidad de protección del menor de edad por falta de madurez y desarrollo de su personalidad: así, los supuestos de estupro, corrupción de menores, escándalo público, tráfico de drogas, y lo que pueda quedar de las faltas. La PANCP acoge este criterio en los mismos términos en que lo acabamos de exponer, si bien en el caso de la sustracción de menores adopta el límite de los dieciocho años (33). Entendemos que en este caso sería más acertado el límite de los doce años, pues más allá de esa edad no es imaginable en adolescentes psíquicamente normales —para el caso contrario ya se prevé la sustracción de incapaces— una acción de «sustracción», sino mucho más de coacción a través de violencia o intimidación, o inducción, o incluso de detención ilegal, supuestos de hecho todos ellos subsumibles en concretos tipos delictivos, contando incluso, en el caso de las detenciones ilegales, con una cláusula agravatoria cuando la víctima fuere menor de edad o incapaz, según el artículo 161,1 de la indicada Propuesta (34).

Tal como hemos sugerido en relación a las propuestas del Libro I (35), el rigor que se deriva del señalamiento de límites de edad concretos a base de las presunciones indicadas acerca del desarrollo madurativo de la persona, debe atemperarse contemplando otros criterios referentes al menor protegido, a las circunstancias del hecho delictivo, o a la relación entre el menor y el sujeto activo de ese hecho. En última instancia, el juzgador deberá fijar la pena, dentro de los márgenes mínimo y máximo que establece el Código, atendiendo a la edad del menor y las otras circunstancias acabadas de expresar.

La PANCP no agrupa en un solo Título o Capítulo específico a todos los comportamientos caracterizados principalmente por una lesión de la persona del menor, y es lógico que así sea, pues la diversidad de bienes jurídicos protegidos en los distintos delitos en los que aparece el menor como sujeto pasivo —la libertad, la seguridad, el ejercicio de los derechos de patria potestad, la libertad sexual— así lo aconseja. Pero, como se verá al comentar la regulación de los delitos contra la libertad sexual y contra las relaciones familiares, ofrece una mayor sistematización y una notable clarificación de los bienes jurídicos protegidos.

En líneas generales, la PANCP constituye un importante avance en relación al Código vigente por cuanto atiende con mucha mayor fidelidad al principio de especial protección al menor formulado según la orientación político-criminal que proponemos. Ello se manifiesta en una técnica más depurada que evita situaciones como las que existen en el viejo Código en que algunos ataques al menor son castigados con una severidad inferior que los mismos comportamientos dirigidos con-

(33) Vid. arts. 173 y ss., 169-2, 179, 218, 223 y 225.

(34) Más adelante se aborda la problemática que encierra dicho artículo: Vid. *infra* pp. 27 y 28.

(35) Vid. *Supra* p. 17.

tra personas mayores. Con la repetida Propuesta, resulta más clarificado que la cualidad de menor de edad del sujeto pasivo conlleva un plus en el desvalor del injusto en una serie de delitos determinados, también en la corrupción menores —artículos 179 y 180, siendo de especial interés el último párrafo de este precepto—, y en la detención ilegal de menores.

Otras manifestaciones de dicho cambio de mentalidad en relación a la protección del menor se refleja de manera muy significativa en la naturaleza y alcance de las penas privativas de derechos en el ámbito de las relaciones familiares, que queda definitivamente clarificada en la Propuesta de Anteproyecto. Estas sanciones se configuran como penas de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o tutela, incluidas en el catálogo de penas privativas de derechos del artículo 38-b de la indicada Propuesta (36). Dentro de este sistema de sanciones, las citadas penas constituyen consecuencias del delito de carácter principal, con autonomía y operatividad respecto de determinados tipos de injusto, lo cual se confirma con el establecimiento de un tiempo de duración de dichas penas privativas de derechos: Así puede verse, en el artículo 185-2, que faculta al Tribunal para imponer dicha inhabilitación especial a los ascendientes, tutores, maestros o cualquier persona que abuse de autoridad o encargo, por un tiempo de seis meses a seis años. El hecho de quedar las penas privativas de derechos analizadas excluidas del régimen jurídico previsto para las penas accesorias (37), para pasar a ir ligadas a delitos concretos como penas principales, y desvincularse por tanto de la extinta pena de interdicción civil, deja claro su fundamento exclusivo, que es *la protección del menor a través de la privación de unos derechos nacidos precisamente para protegerle y que han sido usados torcidamente*.

La configuración de las penas privativas de derechos como sanciones provistas de una finalidad tuitiva para el menor supone *primar la protección del menor frente a la resocialización del delincuente*, lo cual de entrada nos alerta por cuanto esta última pretensión en ese caso sacrificada constituye un principio constitucional orientador de la pena. No obstante, puede defenderse la opción hecha por la PANCP atendiendo sobre todo a dos tipos de argumentaciones. La de mayor consistencia es la de que resulta más imaginable el poder hacer efectiva la protección al menor que la reinserción social del delincuente, considerado a menudo por los penalistas como un mito, que además no está claro que revista siempre rasgos liberales o progresistas (38). Otra razón es que la propia Propuesta de Anteproyecto prevé una

(36) Dice el art. 38-b: «Son penas privativas de derechos: ... b) La de inhabilitación especial para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio, o ejercicio de los derechos de la patria potestad o tutela».

(37) Vid. arts. 49 a 51 de la Propuesta de Anteproyecto.

(38) Vid., a este respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco, *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*, en el libro «La Reforma del Derecho Penal», Universidad Autónoma de Barcelona, 1980. Vid. pp. 61 a 83.

serie de mecanismos dirigidos precisamente a la resocialización del delincuente, que tienen mucho más sentido que no una hipotética renuncia a imponer la necesaria pena protectora del menor a que nos venimos refiriendo, pues se orienta a evitar en lo posible los perniciosos efectos estigmatizadores de la pena privativa de libertad a través de medidas sustitutivas. La existencia del artículo 43-2 de la Propuesta de Anteproyecto estableciendo que en cualquier caso la pena privativa de derechos civiles inherentes a la relación paterno filial deberá ser cumplida en su totalidad, refuerza la toma de postura en favor de la caracterización de dicha pena como esencialmente tuitiva para los intereses del menor, «no admitiéndose ningún tipo de reducción o sustitutivo como ocurre con las penas privativas de libertad tendentes a la reinserción del delincuente» (39).

III.3. *Creación de un nuevo título de imputación referido a las relaciones familiares*

Entre los avances técnicos y mejoras político-criminales que la PANCP introduce en la parte especial del texto, cabe resaltar la creación de un título de delitos contra las relaciones familiares (Título X del Libro II), que agrupa los delitos de matrimonios ilegales, la suposición de parto, usurpación del estado civil y alteración de la paternidad, así como los delitos contra los derechos y deberes familiares. La creación de este nuevo título de imputación permite una mejor sistemática que la vigente, en la que se ven dispersos estos delitos en distintos títulos, y, en concreto muchos de ellos quedan encuadrados bajo un bien jurídico de contornos imprecisos, como es la «seguridad».

En el Capítulo II del indicado Título se introduce una novedad importante, al crear el artículo 215 un nuevo delito relativo a la alteración de la paternidad, de modo consecuente con las reformas operadas en el Código civil en materia de filiación bajo el principio de la paternidad real. En el mismo Capítulo, se incluyen los delitos hoy conocidos como relativos al estado civil, aunque se prescinde acertadamente del precepto contenido en el artículo 470 del Código vigente, de usurpación genérica de estado civil, que cabe criticar por su nula virtualidad tuitiva del menor.

En el Capítulo III, y bajo la rúbrica «De los delitos contra los derechos y deberes familiares», se incluye como novedad el delito de incesto en la sección primera —con lo que se configura dicho delito principalmente como ataque a la familia (40)— y se agrupan en la

(39) Vid. PRATS CANUT, Josep-Miquel, *Reforma penal y el nuevo régimen de la familia: la privación penal de los derechos civiles* (II), Comunicación presentada a las «II Jornades Jurídiques de Lleida», 1984.

(40) La inclusión del delito de incesto bajo la indicada rúbrica y con el contenido que se le otorga significa una verdadera aparición en el Código penal del delito de incesto concebido como ataque al colectivo familiar, basado en el correspondiente «tabú», y no como agravación de la pena por razones de parentesco —o, más bien, de la superioridad o desigualdad que ello comporta—, que impregna la regulación vigente.

sección segunda todas las figuras delictivas que lesionan intereses relativos a los menores y se hallan comprendidos en el Código vigente en el marco de los delitos contra la libertad y la seguridad: así, la sustracción de menores, el abandono de familia, y el abandono de niños. No cabe duda de que la Propuesta mejora la actual sistemática, pues acoge como característica global de todos aquellos delitos, la lesión de los derechos y deberes familiares, que constituye un común objeto genérico de protección en todos ellos. No es menos cierto, sin embargo, que —como habíamos advertido en su momento— en muchos de estos supuestos, la infracción de derechos y deberes familiares no constituye —o, al menos, no debería, a mi juicio, constituir—, el principal bien jurídico protegido. *Detrás de la protección penal a los derechos y deberes paterno-filiales debe verse una intención tuitiva del menor, aunque sea como beneficiario mediato de la protección de esos intereses familiares.* El menor es el titular de los bienes jurídicos que protegen los delitos de sustracción y abandono de menores: En el primer caso, se trata de su libertad, en el segundo, de su seguridad física, aunque en todos ellos se tutela además el ejercicio de los derechos y deberes familiares.

En virtud de los razonamientos formulados, y como propuesta político-criminal, considero preferible sistemáticamente *reunir en un mismo Capítulo todos los delitos* de sustracción de menores, abandono de menores, suposición de parto, ocultación y exposición de hijo, y alteración de la paternidad, *bajo la rúbrica «Delitos contra menores»* —o, a lo sumo, «Delito contra menores e incapaces»—, con el objeto de expresar el esencial fundamento tuitivo de todas esas figuras delictivas. La inclusión de dicho Capítulo, en el Título de los delitos contra las relaciones familiares, consagraría la de consonancia de dicho fundamento con la vinculación de los mismos al referido ámbito de las relaciones familiares. La ordenación de los distintos preceptos según los bienes jurídicos protegidos, daría lugar a la separación por secciones, que podrán coincidir más o menos con las mismas que establece la PANCP —a saber: «De la suposición de parto y de la alteración de paternidad», «De la sustracción de menores», y «Del abandono de menores o incapaces»—, con lo cual se completaría una sistemática más funcional, orientada a la finalidad protectora del menor.

Entrando brevemente en el análisis del articulado, se destaca en líneas generales, una mejor técnica y armonización entre los distintos tipos legales que la existente en el Código vigente, una mayor precisión del ámbito de sujetos pasivos menores de edad —que se refleja en las referencias concretas al «menor de edad», y la clarificación de los límites de edades—, y la desaparición de delitos tan disfuncionales como el abandono *honoris causa* o la estructura delictiva de sospecha en la sustracción de menores (41). También merece una valoración muy positiva la atenuación de la pena prevista en el artículo 221 basada en motivos político-criminales de favorecimiento de un desenvolvimiento de la dinámica comisiva menos lesiva para el menor o el

(41) Nos referimos al art. 485 del vigente Código.

incapaz, imponiendo la pena inferior en grado cuando sea restituido dicho menor o incapaz a su domicilio o residencia, o depositado en lugar conocido o seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones o acto delictivo alguno, ni puesto en peligro su vida, salud o indemnidad sexual.

En otro orden de consideraciones, es encomiable la alusión que se hace en el delito de abandono de familia a las personas facultadas para otorgar el perdón, entre las que se menciona, junto a los ofendidos menores de edad, a los representantes legales del menor. Además, la PANCP modifica en relación al delito de abandono de familia el carácter facultativo que para el Tribunal tiene en la actualidad la adopción de penas privativas de derechos: el artículo 232-2 de la Propuesta señala que «el Tribunal impondrá siempre al reo la pena de inhabilitación del derecho de patria potestad o tutela por el tiempo de seis a veinte años». Con ello se corrigen los criticados aspectos de la actual regulación del abandono de familia, reforzándose la nueva funcionalidad del artículo 223, orientado a la protección final de la asistencia necesaria para el sustento de los parientes más próximos —especialmente los descendientes menores e incapaces—, y despojando de los contornos ideológicos de la regulación todavía vigente.

No obstante los importantes avances que la PANCP introduce en la regulación de los repetidos delitos, deben hacerse dos observaciones de carácter crítico.

La primera se produce con ocasión de la introducción de un precepto agravatorio de las penas establecidas para los delitos de detenciones ilegales y secuestros cuando la víctima fuere menor de edad o incapaz. El artículo 161, párrafo primero, de la PANCP dice: «Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se hubiere ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz». Dicha innovación en el ámbito de los delitos contra la libertad no puede sino satisfacerlos, pues refleja el superior desvalor que alberga el atentado a la libertad del menor, dada su situación de mayor indefensión y su inferior resistencia a las consecuencias degradantes para su persona de un secuestro. Sin embargo, la cualificación del párrafo primero del artículo 161 cuestiona abiertamente el sentido y la propia existencia del tipo de sustracción de menores, ampliado en el artículo 218 de la mencionada Propuesta a los ataques producidos contra cualesquiera personas menores de edad, hasta los dieciocho años. La diferencia entre el delito del artículo 218 y la agravación del artículo 161-1 está en la *relevancia del consentimiento del menor*: Así, en las detenciones ilegales, la acción de la detención se produce sin el consentimiento del menor, mientras que la sustracción parece que quedaría reservada para los supuestos en que la acción se llevare a cabo contando con el consentimiento del menor, de ahí la mayor pena con que generalmente se castigaría el primero de ambos delitos. Hasta aquí nada hay que objetar: la sustracción de menores deja de ser un tipo cualificado respecto de las detenciones ilegales y pasa a configurarse en función de la lesión al

bien jurídico constituido por el derecho a la patria potestad sobre el menor o el incapaz. Pero la extensión del sujeto pasivo hasta los dieciocho años desvirtúa en gran parte lo acabado de exponer, pues no resulta fácilmente imaginable la posibilidad de una acción de «sustracción» de un adolescente contando con el consentimiento de éste; parece que en este caso sería más apropiado hablar de un proceso inductivo o seductivo, para cuyo supuesto se tipifica en el artículo 220 la inducción de un menor de edad pero mayor de doce años a abandonar el domicilio familiar. Por todo ello entendemos que debería fijarse el límite máximo de edad en el artículo 218 a los doce años, tal como sucede en el abandono de niños del artículo 225, lo cual resultaría más coherente con la equiparación de la inducción sobre un menor de doce años a la sustracción —artículo 220-2—, pues se presume la irrelevancia del consentimiento.

La segunda observación crítica va dirigida a la reproducción, por parte de la PANCP, de una configuración poco generosa de las sanciones privativas de los derechos del ámbito familiar en orden a la efectiva protección del menor. La privación del ejercicio de la patria potestad y de la tutela se sigue reservando exclusivamente para el delito de abandono de familia —artículo 223 de la Propuesta—, reiterándose así las lagunas que el texto vigente presenta con relación al delito de abandono de niños y a la ocultación y exposición de hijo (42). La carencia de estas penas privativas de derechos lastima la protección del menor en la Propuesta de Anteproyecto, que de otro modo ofrecería una regulación prácticamente completa en orden a dicha finalidad protectora. Para alcanzar dicho óptimo marco legal se hace menester la extensión de la pena de inhabilitación del derecho de patria potestad y tutela prevista en el artículo 223-2 a los delitos de abandono de menores o incapaces, ocultación y exposición de hijo; y también al nuevo delito de alteración de la paternidad —artículo 215— y al de incesto —artículo 217— (43).

III.4. *La protección de la libertad sexual del menor*

De la toma de postura efectuada en relación al bien jurídico protegido en los delitos sexuales, se deduce un planteamiento favorable a la configuración de dichos delitos en torno a la protección de la libertad y la indemnidad sexuales, también en los preceptos fundamentados en la tutela del menor. La PANCP sigue esa misma idea y estructura toda la regulación del denominado Derecho penal sexual en función del bien jurídico referido, de carácter individual. La alusión de la rúbrica del Título VI a la *indemnidad*, añadida a la libertad, ambas en relación a lo sexual, debe valorarse como especialmente

(42) Vid. arts. 225 y 214-2 de la PANCP, en los que no aparece referencia alguna a dichas sanciones.

(43) Con ello no se inventa nada nuevo: la exposición o el abandono de los hijos eran ya en el Fuero Real y en la Novísima Recopilación causas de pérdida de la patria potestad, aunque el padre no quedaba relevado de las otras obligaciones naturales y civiles.

acertada, por cuanto expresa con mayor precisión el bien jurídico que resulta lesionado en algunos delitos contenidos en dicho Título, que afectan a la indemnidad sexual del menor, salvaguardada penalmente por constituir la prenda de una libertad de autodeterminación sexual de la que es titular aunque por el momento no puede ejercitar.

La protección al desarrollo no molestado de la juventud constituye, junto a la protección de la libertad personal, el objeto tutelado en el Derecho penal sexual. Estas dos ideas rectoras son reconducidas, sin embargo, por Gimbernat Ordeig, a la protección única de la libertad personal, partiendo de la hipótesis de que el adolescente o el niño no son todavía capaces de autodeterminarse sexualmente (44).

La PANCP introduce una serie de modificaciones respecto del actual texto, adaptándolo a la protección del bien jurídico de la libertad sexual. En este sentido, desaparecen los delitos más criticados, los de escándalo público y de exposición de doctrinas contrarias a la moral pública, y en su lugar se tipifican ciertas prácticas de exhibicionismo grave o ante menores, y la publicación, difusión o exhibición de material pornográfico entre menores de edad —artículos 176 y 177— como actos de provocación sexual. Se trata de dos supuestos bien delimitados caracterizados por atentar al desarrollo normal de los menores aunque matizados por la rúbrica del capítulo en que se insertan, que los describe como *actos de provocación sexual, en lo que va inserta una cierta idea de ataque a la libre formación de la voluntad del menor*, en la medida en que se le involucra en una acción de contenido sexual en la que él no ha decidido participar. Para ambos delitos se prevé una pena de poca gravedad, de arresto de doce a veinticuatro fines de semana.

La regulación del estupro sigue siendo la misma que la establecida en la Reforma de 1978, con la única excepción de la creación de una nueva figura, de estupro simple, según la cual se condena a la misma pena que la señalada para el estupro de prevalimiento, a la persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce y menor de catorce, sin necesidad de engaño ni prevalimiento. Se trata de una presunción «iuris et de iure» de la existencia de una limitación en el consentimiento por el hecho de la temprana edad de la persona estuprada, exigiéndole a la persona mayor de edad que realiza el acceso carnal como sujeto activo una conciencia y responsabilidad sobre el hecho de que las relaciones sexuales plenas en los adolescentes de doce a trece años son perniciosas para su desarrollo en la medida en que tiene viciado el requisito fundamental de la actividad sexual, cual es el de la libertad para conocer y aceptar la significación y las consecuencias de dicha actividad. Sería preferible abandonar definitivamente el término «estupro» que encabeza el capítulo II, que es reminiscencia de una etapa histórica ya superada en cuanto presupone una idea de relación sexual ilícita con mujer, y no se corresponde con una regulación basada en la tutela de bienes jurídicos individuales. También

(44) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La mujer y el Código Penal español*, p. 38, citado por Díez RIPOLLÉS, ob. cit., p. 214.

en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales es postulable políticamente la reunión de los delitos de estupro y de exhibicionismo y divulgación de pornografía entre menores, bajo la rúbrica «*De los actos de abuso y provocación sexual contra menores*», que ayudaría a una concepción de esos delitos de acuerdo con una finalidad tuitiva del menor.

En el Capítulo de los delitos relativos a la prostitución, se produce una significativa transformación de la caótica regulación del Código vigente, de forma que se suprime la mayor parte de las conductas delictivas de los actuales artículos 452 bis-a) y siguientes, y se establece una ampliada, pero más precisa, tipificación de la corrupción de menores en el artículo 179, restringiendo el castigo de los comportamientos relativos a personas mayores a la determinación a ejercer la prostitución contra su voluntad, según el artículo 180. El límite de edad del sujeto pasivo que separa ambos delitos, contenidos en los artículos 179 y 180, es el de los dieciocho años, y se corrigen los actuales defectos en la determinación de la penalidad, castigándose con penas más graves el delito del artículo 180 producido contra menores de edad.

Finalmente, la previsión legal del artículo 185, que faculta a los Tribunales para imponer razonadamente la pena de inhabilitación especial de los derechos de la patria potestad o tutela por tiempo de seis meses a seis años, además de la imposición de la pena privativa de libertad incrementada en la mitad superior, adquiere mayor coherencia político-criminal que el actual artículo 452 bis-g), en la medida en que desaparece en la PANCP la perturbadora cláusula especial hoy contenida en el artículo 446. Ello, junto a las modificaciones introducidas en la tipificación de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales, coadyuva a la armonización de la analizada cláusula general del artículo 185 con sus fines de tutela y aseguramiento del menor.

