



**UNIVERSITAT
JAUME·I**

Trabajo Fin de Grado

El interés del menor investigado y menor víctima en el proceso de menores

Presentado por:

M^a José Delgado Luengo

Tutor/a:

Manuel Guillermo Altava Lavall

Grado en Criminología y Seguridad

Curso académico 2019/20

“Protegedme de la sabiduría que no llora, de la filosofía que no ríe y de la grandeza que no se inclina ante los niños”.- Khalil Gibran

ÍNDICE

Extended summary.....	4
Resumen.....	9
Abstract.....	10
1. INTRODUCCIÓN.....	11
2. CONCEPTO DE INFANCIA. LÍNEA CRONOLÓGICA DE LA VIDA HUMANA	13
3. ANTECEDENTES Y NORMATIVA APLICABLE ESPAÑOLA Y CHILENA.....	19
4. EL INTERÉS POR LA INFANCIA SOCIOLÓGICO Y JURÍDICO.....	24
4.1. La evolución del interés en el menor en la historia.....	26
4.2. La actual percepción de la importancia de la infancia. La importancia de investigar correctamente a los infractores menores.....	29
4.3. Diferencias de interés entre menor víctima y menor investigado.....	34
5. CRONOGRAMA DE CASOS DE MENORES IMPLICADOS. TRASCENDENCIA SOCIAL DE CASOS DE INFRACTORES Y DE VICTIMAS QUE SON MENORES	40
6. CONCLUSIONES.....	44
7. BIBLIOGRAFÍA.....	45

Extended Summary

Childhood is the starting point of any human being's life in the world. As you know, this stage of human life takes place both inside and outside the home, and it is for this reason that sometimes events occur that need to be responded to beyond the parental and school level, such as in the courts. These events in most cases involve more subjects, such as direct victims or material victims.

In the world, children have been in conflict with society when offenders or victims who are minors have appeared, as in these cases the differences in treatment with respect to adults in the jurisdictional sphere are substantial and obvious. This can be observed when, in order to protect minors, special treatment is given to them with reference to their circumstances and personalities, with a term not defined but named in the proceedings in which minors are involved, which is the best interest of the minor. This concept has sometimes been criticised for being too flexible with child offenders, but on other occasions, in contrast, it has been said that its legitimacy for children's rights has not been used when they are direct or indirect victims of a crime. However, what the law seeks to do with this interest in the child is to value and respect the rights of the child, thus making a balance between what will be most conducive to the child and his or her future, so that any parental claims, those of the child's legal guardians or those of anyone in conflict with the child offender or victim, are placed last in consideration and the child comes first in the child's process.

With regard to children's rights, over the years a greater appreciation has been developed for the well-being of children and for fighting so that they may have a dignified and healthy childhood. However, in ancient times, the importance given to children was not so significant, since families in general simply had offspring and what happened to them was a matter of chance. This does not mean that they did not care about the children, but it was not really valued that they lived a childhood, since in many occasions the children were put to work in different tasks that nowadays are not considered appropriate for their age but that helped the wellbeing of the family circle, not the child himself.

Thus, after the Convention on the Rights of the Child, approved by the UN General Assembly in 1989, different regulations in various states allowed the application of different guarantees and rights that this document enacted for minors. In this way, applying these international regulations, different countries developed their own regulations regarding juvenile offenders and the procedure to be followed with them.

In the case of Spain, the process of change began definitively in 1992 with Organic Law 4/1992 of 5 June, known as the Law of Juvenile Courts, regulating the competence and procedure of the juvenile courts (LORCPJM), which sought to provide real guarantees and a demand for responsibility for those under 18 years of age who committed any offence. However, this was a provisional period and it was not until the approval of the Organic Law 5/2000 that some basic and essential pillars were established in terms of guarantees and rights for juvenile offenders in the juvenile process. This law obviously had discrepancies in terms of the measures imposed and the specific procedure with minors. For this reason, after several reforms¹ and specifications in different regulations and agreements, different aspects of the initial law were modified and thus the reform that is currently applied, Organic Law 8/2006, was approved. This law structures a series of specific basic rules for institutional action with respect to minors between 14 and 18 years of age who carry out acts that violate the criminal laws of adults, as set out in Organic Law 10/1995 of 23 November of the Criminal Code.

In contrast, we find states such as Chile, which today is considered to have not adequately developed these international standards relating to children, because it has signed its commitment to bring its legislation, public policies and national programmes into line with the Convention on the Rights of the Child, which has not legitimately happened. For more than 30 years, various reforms have been made to its laws regarding the rights of children and adolescents², and yet the Law on Minors created in 1967 remains in force, which is in disagreement with the standards of the Convention and does not fully protect the rights of children and adolescents.

The Chilean state is still in the process of adapting its legislation and intends to improve the living conditions of children and adolescents in its country, as well as to process a list of full rights for this group, with a system of social reintegration for those who break the law.

¹ Regulation 1/2001; Organic Law 9/2002; Law 53/2002; Royal Decree 1436/2001; Royal Decree 232/2002; Organic Law 15/2003; Law 62/2003; Instructions No 3/2004, No 6/2004; Consultation No 3/2004; Instruction No 10/2005; Consultations No 2/2005 and No 4/2005; Organic Law 8/2006.

² Affiliation Law 1998; Constitutional reform establishing that secondary education is compulsory and free in 2003; Law on Adolescent Criminal Responsibility 2007; Creation of the subsystem Integral Protection Chile Grows with You in 2009; Law on School Inclusion in 2015; law specifying the protection of individuals in special risk situations, including children, in 2017; Law on Videotaped Interviews in 2018, etc.

For all these reasons, the objective of this project is to express what is really meant by interest in children, starting from the interest that society has in children, the importance given to their privileges, rights, and life in general, and thus reach the point where this sociological interest is reflected in the laws of each territory, in our case in a parallelism and differentiation between Spanish and Chilean. To do this, we will begin by defining what is meant by a child and an adolescent, and then end by differentiating the different stages that any human being goes through, and in this way see the physical and psychological changes that are experienced in each one of them. In this way we will see what is known as early childhood that will develop from the first year of life until the age of 6, a period of special vulnerability towards the outside world due to physical and psychological immaturity. And then we will find the second childhood which will begin to be counted from 6 to 14 years of age, prior to adolescence, also a vulnerable age range but in this case the physical and psychological immaturity is not so noticeable but carries with it other risk factors for becoming victims of crime. And so we can see the difference with adolescence, from 14 to 19 years of age, in which the human being is almost an autonomous individual in constant direct contact with society, who can end up being a victim if something goes wrong along the way, just as he can end up in conflict with society for having committed a crime in principle, thus becoming an investigated person.

These age groups will be of vital importance to us in order to later make some nuances about the specific laws on minors in the Chilean and Spanish states, since these will apply their legislation specifically to an age group, which is between 14 and 18 years old. However, since we are dealing with minors, their circumstances will matter even more than those of adults and that is why the law will take into account their maturity, hence the importance of characterizing each stage of life.

However, this age group has not always been effective in these legal systems and that is why we will make an introduction to the background to the current legislation in order to really see if significant changes have been made or simply if they have been apparently modified.

When talking about these specific legislations on minors, we will find the main point of our project, the best interest of the minor, so in the following section we will clarify what is meant by this legal interest but we will also explain the interest that society has in minors, which will be the essential point for justice, because the greater the interest in children and minors, and the greater the importance given to them and their conditions, the law must be in line with these or at least be adjusted to them.

For all this, we will make an analysis of the evolution of the interest in children and the superior interest of the minor in Chilean and Spanish history. For years, with all the pro-life, pro-childhood social movement, public opinion has been changing and what was previously accepted and not given importance, today can be the result of social problems and that is why this interest will be essential to subsequently judge juvenile offenders or, on the other hand, defend the rights and freedoms of minors both of offenders and of those who are victims.

At this point, explain that if Chilean legislation has been chosen for this project in order to compare it with Spanish legislation, it is because here the author has Chilean roots and, moreover, it is clear from different information sources that there is a clear difference between both territories in terms of the treatment of minors, but equally a similarity in certain points to be developed further.

With the explanation of the evolution of interest in children and minors, I wanted to arrive at the next point of this work, which is the current interest that society and justice have in minors. This interest, as we were introducing, is enormous today and what it wants is a legitimate framework of guarantees for all minors who may find themselves in a situation of discrimination, conflict with the law or, for example, mistreatment. But we will be even more specific about the interest in investigating minors who are in principle offenders and the intention to do so correctly by correcting previous errors.

Following this, we will make a differentiation of personality characteristics and circumstances of the minor victims and offenders, in order to later understand the difference in interest shown in society and in justice towards them, as well as the similarities and specifications in rights and duties for them in the process of minors. In this way we will see that in reality what was previously known as "bad children", now generally does not give that sense of unease and conflict of interest towards them by society, but that now, as they are minors, we will try to correct those mistakes they make but also help the minors to understand them and to be more respectful of social norms, so as to later give them the support and education that they deserve, since after all they are individuals who are in full social and cognitive development, who will need help to change. That is why justice will no longer be as strict and harsh as it was with adult offenders, but will be restorative and re-educational, and therefore a little more flexible so as not to leave secondary damage in the lives of these minors in conflict with the law. It will also be the case that at present, when a minor is the victim of a crime, whether by another minor or an adult, it will produce more social and legal significance, and the damage will have to be dealt with in a specific way appropriate to the age of

the victim as well as his or her personal and family circumstances.

Finally I will make a chronogram of some of the cases that have aroused more social and legal conflict both in Chile and in Spain to try to overturn everything explained in previous sections, as will be the case of Piedad (Spain), the Amber case (Chile), the Anfruns case (Chile), among others.

And then I present the final conclusions of this project in order to make a final nuance of the interest in minors both in society and in the process of minors, both victims and offenders who are minors.

Resumen:

La infancia es una fase innata de todo ser humano. Podemos entonces decir que esta será importante para todo individuo por haber sido parte de su historia y por tener ciertas vivencias que ya no experimentan de adultos. Sin embargo, dentro de estas vivencias ocurrirá que la vida no siempre haya tratado bien a cierto menor y acabe siendo víctima de un delito por parte de sus padres, de sus compañeros de clase o de un extraño, o por lo contrario, acabar siendo investigado por un comportamiento que acaba en disputa en los tribunales de menores.

Es común escuchar casos en los que se ven involucrados menores y es por esto que la sociedad a día de hoy se escandaliza o critica pero, ¿hasta qué punto la sociedad con la que convive el menor lo valora correctamente?, ¿respeto realmente lo que es ser un niño?, ¿debería dejarle cometer errores sin represaría alguna sin atender a la gravedad de sus actos?

Conocemos entonces la infancia por ser un episodio de nuestras vidas pero no conocemos la realidad de los niños y ocurre que existen discrepancias de opiniones alrededor de los casos de menores que quebrantan la ley, mientras que para las menores víctimas es una postura suavizada, cuando ambos son menores de edad. Por ello, este trabajo tiene por objeto explicar lo que es ser un niño, la importancia y el interés que se le da a la infancia en la realidad actual y como responde la justicia y la sociedad ante los casos en los que se ven involucrados los niños, sea cual sea la postura en la que acaben.

Palabras clave: Menores, interés, infancia, justicia.

Abstract:

Childhood is an innate phase of every human being. We can then say that this will be important to every individual because they have been part of their history and have certain experiences they no longer experience as adults. Nevertheless, inside these experiences it will happen that the life not always has treated well certain minor and ends up by being a victim of a crime on the part of its parents, its schoolmates or a stranger, or for the opposite, to end up by being investigated by a behaviour that finishes in dispute in the minors' courts.

It is common to listen to cases in which involved minors meet and that's why the society to today is scandalized or criticizes but: until point the society with whom the minor lives together values it correctly?: does he respect really what is to be a child?: should it allow him to commit errors without reprisal anyone without attending on the gravity of its acts?

We know children as an episode of our lives, but we do not know the reality of children and there are differences of opinion around cases of minors who break the law, whereas for the minors victims it is a relaxed stance, when both are minors. For it, this work takes as an object to explain what is to be a child, the importance and the interest that is given to the infancy in the current reality and as the justice and the society answers before the cases in which the children turn out to be involved, be which be the position in which they finish.

Keywords: Minors, interest, childhood, justice.

1. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo me dispongo a desarrollar las distinciones que se realizan en el proceso penal de menores entre aquellos menores que son investigados y aquellos que resultan víctimas de ilícitos penales.

Será importante por ello comenzar por lo que se entiende por menor de edad tanto en psicología, en biología y en el habla coloquial. De igual forma tomará importancia la definición aportada por la OMS sobre lo que se entiende como niño, pues esta definición será la que marque el punto de inicio de cualquier normal referida al menor que vaya acorde a las normas sociales del mundo actual. También valoraremos las distintas etapas de la vida de un ser humano para llegar a entender porque el ordenamiento jurídico y la sociedad en general no contemplan un mismo procedimiento cuando se trata de menores y de adultos.

Como he comentado, lo que se debe entender como niño o como menor es hoy en día un término globalizado y que podemos ver en distintos ordenamiento jurídicos; sin embargo, por mis raíces y mi interés personal, he decidido realizar un paralelismo del ordenamiento jurídico en materia de menores de España y de Chile. Pues tendrán semejanzas en cuanto al proceder ante las dos caras de la moneda: cuando el menor sea víctima o cuando el menor este siendo investigado como presunto infractor. No obstante, también tendremos en cuenta en epígrafes finales que dichas semejanzas en cuanto a materia jurídica no son aplicables al marco social. Llegados a este punto, remarcar que este trabajo es de naturaleza jurídica pero no en todo su recorrido, pues como ya sabemos el ordenamiento jurídico de cualquier territorio va enlazado a la sociedad y por ello, a los ciudadanos, y será importante tomar también en importancia la sociología y de igual modo, algunos tintes de psicología que pueden ayudar a hacer más comprensible el actual interés en el menor.

Así pues, el presente trabajo intentará sintetizar lo que se entiende como el “interés superior del menor” en lo que se refiera a materia jurídica pero de igual forma, también daremos importante al interés, en general, que tiene la sociedad en la infancia. Pues en cuanto mayor importancia se les da a los menores y mayor es la preocupación por ellos, ese interés al que nos referimos influirá directamente en la ley.

Dicho interés no siempre habrá sido el mismo siempre ya que la sociedad ha sufrido cambios, ha evolucionado y lo que antes podía tomarse como una ayuda del menor a la familia para llegar a final de menor, hoy en día, se entendería como una

explotación del mismo³, por ejemplo. Es por estos cambios sufridos en la sociedad que será importante estudiar las variaciones desde el siglo XIX hasta la actual percepción para así entender el porqué de las distintas reformas en el ordenamiento jurídico en materia de menores y los cambios que se han llevado a cabo a la hora de velar por los derechos de menores tanto víctimas como investigados pero sobre todo, en investigar correctamente a estos menores.

Es entonces cuando nos encontramos que en el ordenamiento jurídico español el interés entre menor víctima y menor investigado podría entenderse como el mismo en cuanto a derechos declarados a ambas figuras, sin embargo encontraremos diferencias de igual forma, que serán las que intentaremos matizar.

Y finalmente, para afianzar lo explicado en el trabajo a modo de resumen, se realizará un recorrido entre los casos más mediáticos tanto en Chile y en España para observar cómo han respondido ambos ordenamientos ante procesos de menores implicados tanto como víctimas como investigados; y de igual manera, se intentará visualizar la respuesta ciudadana a dichos delitos.

³ Artículo 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: *“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. (...)”*

2. CONCEPTO DE INFANCIA. LÍNEA CRONOLÓGICA DE LA VIDA HUMANA.

Cuando queremos hablar de la infancia, lo hacemos fácil y lo simplificamos todo, pero desde el principio de este trabajo académico, he podido demostrarme que realmente no tenemos claro qué es la infancia, puesto que le ponemos diversos nombres, cada uno la toma dentro de un intervalo de edades, que guardan relación pero que a humilde opinión deberían ser las mismas, para una consideración global de lo que se entiende o no por infante.

A lo largo de las décadas y dependiendo de cada país, el concepto de la infancia ha ido variando, pues las vivencias de los infantes están relacionadas directamente por cuestiones biológicas y psicológicas pero de igual modo, por patrones culturales que incidirán en sus vidas. Podemos encontrar patrones culturales como era décadas atrás, el trabajo infantil como una maniobra totalmente normal y aceptada por determinados territorios o como los matrimonios con menores, criticados por la sociedad pero que a día de hoy se continúan celebrando, aun cuando existen entidades y organizaciones que luchan contra ello.

Es por ello, que en el diccionario podemos encontrar el término *puericia* que viene diciendo que es el <Período de la vida de una persona comprendido entre la infancia y la adolescencia, entre los 7 y los 14 años aproximadamente.>; este intervalo de los 7 a los 14 años, es para muchos considerado también como la infancia de una persona, no un periodo entre medias. Se entiende en resumidas cuentas que dentro de ese periodo de tiempo, sigues siendo un niño porque no tienes las vivencias suficientes, ni la madurez necesaria para ser considerado un adulto. Como tampoco la edad ni el desarrollo mental, pues en esas edades, los niños aún están en una fase de desarrollo de sí mismos para la adolescencia y consecuentemente, para la vida adulta.

No obstante, si seguimos indagando, encontramos el término *infancia*, el cual coincide con la niñez en cuanto a su definición; esta dice que es el <Primer período de la vida de la persona, comprendido entre el nacimiento y el principio de la adolescencia.> En este punto, encontramos que no se acota un intervalo exacto para considerar que será o no considerado infancia, pero en el presente trabajo, la tomaremos de punto de partida.

Así pues, comprendida desde el primer día de vida hasta aproximadamente los 13 o 14 años de edad, un ser humano es considerado como niño/a (la edad aproximada de entrada a la adolescencia generalmente) y también como se señalará en el siguiente punto, la edad en la que la justicia española y chilena consideran que los niños ya pueden ser imputables por los delitos que cometan.

Sera importante igualmente para nuestra investigación, enfatizar también lo que en su momento y hasta ahora entendió la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “Infancia”.

Dicha definición, se toma desde la perspectiva de la salud, como el propio nombre de la organización indica y en resumidas cuentas, quiere dar a entender que la infancia es esa etapa de la vida de cualquier ser humano en la que debe asistir a la escuela y a todos esos momentos de recreo, para tomar los conocimientos que necesitan para crecer fuertes y confiar en sí mismo; recibiendo en todo momento ese amor y estímulo adecuados, que serán los motores para un desarrollo adecuado y de bienestar para los niños. Así mismo, enfatiza en que dichos motores no serán solo tarea de las familias, sino de igual modo de la comunidad de adultos que entren en interacción con ese menor, como sería si se diese el caso, una intervención judicial.

Durante este trabajo, se analizará todo lo que atañe al interés en los menores, siempre bajo una directriz clara: la definición de infancia y los derechos reconocidos por la Convención sobre los derechos del niño a los menores de edad.

Esta fue fundada en 1989 por las Naciones Unidas a través de UNICEF⁴ y proclamó los derechos de todo menor entre su nacimiento hasta los 18 años.

Se trató del primer tratado internacional de derechos humanos relativo a combinar en sí mismo un instrumento único de derechos, que proclama una serie de normas universales relacionadas directamente con la infancia y de igual modo, el primero en darle la importancia que merecen a los derechos de los niños, para que estos se conviertan en una exigencia legítima en la vía jurídica pero de igual modo, en la sociedad.

La Convención tomo como definición de la infancia, aquel episodio extenso de la vida humana que estará separada de la vida adulta, defendiendo que no todo lo que suele ser tomado como bueno para los adultos, lo podrá ser para los menores.

Así, desde su fundación, la Convención ha instado a los gobiernos para que faciliten y proporcionen a las familias ese apoyo y asistencia, como también el evitar que se separen a los niños de sus familias.

Igualmente reconoció a los infantes como titulares de derechos propios y como protagonistas directos de sus vidas, sin necesidad de ser receptores de caridad y con facultades adecuadas para poder participar en su libre desarrollo.

⁴ Organismo especializado en niñez.

Durante la infancia es el periodo en el que el individuo adquiere el mayor crecimiento; dicho periodo de tiempo, por lo generalmente aceptado, se desarrolla en tres etapas: la lactancia, la primera infancia y la segunda infancia. En resumidas cuentas, en la lactancia el individuo es totalmente dependiente de sus progenitores para los hechos más simples de su vida: su alimentación, su higiene, entre otros. Mientras que, cuando cumple los 2 años hasta cuando cumple los 6 años, se considera que están viviendo su primera infancia, donde comienzan a descubrir el mundo por sí mismos y comienzan a separarse poco a poco de sus progenitores para sus necesidades más humanas. Cuando entran en los 7 u 8 años hasta los 14, el niño comienza su recorrido hacia la adolescencia, donde se descubrirá a sí mismo y por consiguiente todo su alrededor; obviamente por su cuenta pero siempre bajo el cuidado y control de sus padres o tutores.

Durante las primeras dos etapas de vida del ser humano, se considera que esta más condicionado al mundo exterior, que es totalmente vulnerable a los peligros que le pueden acechar; no tendrán una capacidad de comunicación extensa ni desarrollada en su totalidad y además, habrán elementos de la vida, que no lleguen a comprender como para valorar lo bueno o lo malo, pero si lo que les hace daño.

Cada niño o niña vivirá una serie de fases de desarrollo que estarán marcadas por distintas transformaciones físicas, psicológicas y sociales, pero que por lo general seguirán un marco común de características.

Además de esta percepción de la evolución del ser humano durante su vida, encontramos por otro lado otro tipo de explicación, aunque hasta la fecha ha sido una de las más reconocidas pero también, de las más criticadas: El estudio de las etapas de desarrollo Psicosexual.

Esta propuesta fue presentada por el psicoanalista Sigmund Freud; el cual desarrollo su estudio en 5 etapas bien marcadas por ciertos cambios psicológicos en el individuo, además de una categorización de edades bien marcada.

La teoría de Freud se basaba en la idea de que la personalidad de las personas se desarrollaba durante la infancia a través de energías o impulsos centralizados en ciertas zonas erógenas que lo que buscan es el placer de ser identificados. Entonces, entendió que lo que mueve al ser humano es una energía psicosexual o también llamada libido, que se encarga de impulsar la conducta.

Así pues, el psicoanalista Freud establece que por lo general la personalidad se llega a establecer a los cinco años, cuando las primeras experiencias han jugado su

papel en el desarrollo de esta y que además, aun cuando se haya formalizado, seguirán influyendo en su comportamiento a lo largo de toda su vida.

Es por ello que Freud quiso dejar claro que la infancia es una etapa crucial en la vida de cualquier ser humano, y que en esta se llegan a formar las personalidades y comportamientos de los futuros adultos. No obstante, entendía que cada persona es distinta y que este proceso de crecimiento era discontinuo pero que por norma general llevaba un orden bajo unas etapas, llamadas: etapas psicosexuales.

Las distintas etapas de desarrollo serán: la oral, la anal, la fálica, la de latencia y la genital. En todas ellas, los impulsos de placer que buscaran los niños, y que irán regidas por el Ello⁵:

La fase oral: se completará dentro del intervalo del primer año de vida del sujeto y tendrá como zona erógena, la boca. Por la cual se alimenta y toma esa toma de contacto con el mundo exterior por medio de sus cuidadores, pues dependerá totalmente de ellos.; La fase anal: se desarrollará completado el primer año hasta el tercer año de vida y la zona erógena, los esfínteres. Freud entendía que el placer lo encontraban en el momento que llegaban a controlar los movimientos intestinales y la vejiga. No obstante, se puede entrar en conflicto, pues el niño en esta etapa aprenderá a controlar sus necesidades corporales más naturales sin la ayuda total de sus padres. Sin embargo, si los padres toman una actitud de desatención, es decir sin dar ningún apoyo o estímulo al niño, este no podrá completar esta fase correctamente, y como consecuencia podrán provocar en él resultados negativos en su formación de la personalidad, y podrá tomarla a modo de “anal-expulsiva”, es decir, transformándose en un adulto desordenado, derrochador y destructivo.; La fase fálica: desde el tercer año de vida hasta el sexto, donde se encontrará la zona erógena en los genitales. El niño centrará su libido en los genitales y es por ello, que descubrirá las diferencias por géneros. Durante esta faceta, se podrá dar el llamado Complejo de Edipo o Electra⁶. ; La etapa de latencia: La encontramos entre los seis años hasta los 12. En dicha etapa no tenían una zona erógena específica. El individuo deja de lado sus intereses de la libido temporalmente e inconscientemente pasa a desarrollar el ego y el superego, que contribuirán a tener una etapa caracterizada por la calma. ; Por último, la etapa genital, que se desarrollará desde los 12 años, al comienzo de la pubertad, hasta su muerte.

⁵ Definido como el componente innato en los individuos desde su nacimiento. Se tratará de los deseos, voluntades e instintos principalmente provocados por el placer.

⁶ Deseo sexual que puede sentir inconscientemente un menor hacia la figura paterna del sexo opuesto, según Sigmund Freud.

La zona erógena en desarrollo serían los genitales pero en esta ocasión, produciéndose una maduración en los intereses sexuales. Dentro de ese interés en la sexualidad, también madurará la relación con el mundo exterior y el objetivo será alcanzar el equilibrio de todas esas áreas que definen la vida humana.

Así, habiendo visto el desarrollo de la Teoría Psicoanalista de Freud, podemos concluir en que éste, entendía que en los primeros años de vida, se formaban los cimientos de la personalidad de cualquier niño y es por ello, que desde el nacimiento, nuestro objetivo innato es superar y satisfacer todos aquellos impulsos e instintos que intentan dominarnos.

No obstante, a consecuencia de nuestro entorno o ambiente, comenzaríamos a establecer una serie de normas y reglas de convivencia con los demás; las cuales, si todo ha ido como defendía Freud, nos acompañarían a lo largo de nuestras vidas.

Por ello, cuando existen infancias marcadas por las tragedias, el maltrato físico y/o mental, pueden provocar que un adulto llegue a cometer en ocasiones actos de delincuencia y de violencia; sin embargo, también podrá ocurrir que se convierta el individuo en una persona defensora de los derechos humanos.

No existirá nunca una fórmula secreta para formalizar una infancia perfecta pero no podemos obviar lo que defiende Sigmund Freud, y es que las vivencias de la infancia quedan como tatuajes en la piel y en ocasiones, no acaban bien. Pero, como también decía éste, si le damos libertad de elección, de sentimiento, de expresión, de querer y de rechazar, obtendremos un adulto capaz para superar las barreras de la vida; siempre y cuando haya recibido los estímulos y recompensas adecuados por las personas que deben guiarlo en sus primeros años.

Además de la infancia y su concepto, importará también la etapa que embarque la adolescencia, pues en el epígrafe siguiente, la normativa tanto española como chilena, actuarán ante las infracciones que cometan en ese intervalo de edades, descartando algunos años. Esta etapa de la vida se caracteriza por la necesidad de interacción con la sociedad pero también embarca las edades en las que se pueden hacer visibles antiguos traumas de la infancia y terminar exteriorizándolos o por el contrario, llevarlos dentro. Esta interacción más los cambios hormonales de estas edades podrán ser motivo de conflicto en ocasiones con la sociedad y consecuentemente con la justicia cuando se produzcan de manera incorrecta o contaminada con episodios traumáticos del pasado.

No obstante, se matiza que la importancia dada será la misma para todo el menor

que se vea implicado en el proceso de menores pero haciendo especificaciones respecto a que sean víctimas o agresores.

3. ANTECEDENTES Y NORMATIVA APLICABLE EN ESPAÑA Y CHILE

3.1. Específica del ordenamiento jurídico español

Podemos ver que con anterioridad a la LORPM 8/2006, suceden una serie de cambios legislativos en España que serán el punto de partida para los cambios que se esperan en cuanto a la responsabilidad penal de los menores infractores y en cuanto a los derechos reconocidos para los menores víctimas. Así pues, como antecedentes histórico principal nos encontraremos con los Tribunales para niños de 1918 donde por primera vez se llegó a aplicar unos prematuros criterios de corrección, reforma y educación para los menores infractores. Anteriormente a estos, los menores que quebrantaban la ley eran puestos a disposición de asilo como huérfanos o vagos, cuando se trataba de faltas leves pero cuando se trataba de infracciones graves, se llevaban a cabo medidas represivas iguales que para los adultos.

De ese modo, a medida que la sociedad se preocupaba por la corrección de los comportamientos de menores infractores y de protegerse de ellos, pues eran considerados un problema social grave, en 1920 nació el primer tribunal tutelar de menores, que tenía como exigencia la creación de establecimientos especiales para reeducar y observar a los menores delincuentes. Con esta ley la jurisdicción para imputar a menores era hasta los que tenían 15 años pero que se amplió hasta los 16 años con el Decreto-ley de 15 de julio de 1925.

El criterio de la edad mínima de 16 años para aplicar la imputabilidad y la inimputabilidad no se hizo firme hasta el Código Penal de 1928, junto con la Ley de 1944, la cual supuso una remisión definitiva de los menores hacia una jurisdicción especial, los Tribunales tutelares de menores. Sin embargo esta ley fue criticada y desorganizada pues se llegaron a juntar en el mismo centro menores que habían resultado víctima de abandono o desamparado con menores sometidos a medidas reformativas.

Esto se llegó a solucionar por el Decreto de 11 de junio que aprobó la Ley de los Tribunales tutelares de menores de 1948, que seguía manteniendo que los menores de 16 años serían inimputables pero seguía cometiendo el error de no ser específica para menores infractores, pues también se hacía cargo de los menores que se encontraban en una situación de peligro.

Es con la aprobación de la L.O del Poder Judicial de 1985 cuando se crean los Jueces de Menores como órganos especializados en la materia y que tendrán conocimiento de los procesos en los que se vean involucrados menores.

Pero no es hasta la L.O de 4/1992, Ley de Tribunales Tutelares de menores, reguladora de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores

(LORCPJM) cuando se crea el procedimiento especial y respetuoso para menores imputados, que contaría con las garantías constitucionales esenciales, una actualización de las medidas como la introducción del artículo 17⁷ y la fijación de una nueva edad mínima para poder imputar a un menor, los 12 años. Se quedaría como una puesta provisional de la especificación y reforma que se esperaba de la ley española en materia de menores.

Tras la provisionalidad de la ley de 1992, se aprobó la L.O 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que impuso unos principios básicos en materia de menores y el procedimiento que se debía seguir cuando ellos fuesen sujetos sometidos a una primera investigación. Con ella se pretendía que aquel ilícito que fuese cometido por un menor no pudiese conllevar la misma responsabilidad que se le impone a los adultos pero si una respuesta legal ante las infracciones que esos menores de edad cometiesen. Se introduce en su exposición de motivos de la ley⁸ lo que se explicará en epígrafes siguientes como “interés superior del menor”, en siguiente lugar se introduce ya desde su artículo 1 que será dirigida a los menores que se encuentren entre los 14 a los 18 años y como excepcionalidad llegado el caso, en su artículo 4, de aplicación para los jóvenes que estén en el intervalo de los 18 a los 21 años, siempre que la infracción que hubiesen cometido fuera menos grave, sin violencia o intimidación, no hubiese puesto en grave peligro su vida o la de otros, etc. No obstante, tras esta han ocurrido distintas reformas significativas como la de L.O 7/2000, por la que introdujo el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, para que conociesen de los procesos de menores cuando se tratase de delitos de extrema gravedad, como sería el caso de menores de edad involucrados en terrorismo. Con ella y las siguientes reformas se pretende ir endureciendo el reproche pero ajustándolo al interés superior del menor, individualizando y proporcionando las decisiones finales del proceso. Como aún no había entrado en vigor la L.O 5/2000, la L.O. 9/2000 ocurre como reforma de esta y suprime las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia como conocedores de los recursos de apelación contra resoluciones de Jueces de Menores para atribuirles la competencia a las

⁷ Amonestación por tiempo de uno a tres fines de semana, acogimiento por otro persona o núcleo familiar, servicios en beneficio de la comunidad, ingreso en un centro de régimen abierto, semiabierto o cerrado, entre otros.

⁸ *“Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia.”*
- (Exposición de Motivos, Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor.)

Audiencias Provinciales. También hará efectivo el artículo 4 de L.O 5/2000 de aplicación de la ley para los jóvenes que tengan de 18 a 21 años como régimen especial. Posteriormente se llevará a cabo la reforma de L.O. 15/2003 por la que se sigue endureciendo la LORPM y posibilita la defensa de personas ofendidas directamente por una infracción cometida por el menor en cuestión, haciendo así posible la acusación particular sin límites. Y llegaríamos a la L.O. 8/2006.

La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que hasta la fecha es la reforma más significativa ha supuesto ampliar los supuestos para poder imponer medidas de internamiento en régimen cerrado y la duración de todas las medidas, tanto las privativas de libertad del artículo 7, como de los internamientos del artículo 7.2, como también de las medidas no privativas de libertad del mismo título. Elimina de manera definitiva la aplicación de la ley para los jóvenes de 18 a 21 años, quedando amparado únicamente en el artículo 69 del Código Penal, para tratarse de manera incompleta.

Por otro parte, posibilita que a partir de la mayoría de edad del individuo, el cumplimiento de las medidas se realice en los Centros Penitenciarios destinados a los adultos.

3.2. Específica del ordenamiento jurídico chileno

Como antecedentes a la reforma de Ley nº 20191, de la Ley nº 20084, nos encontramos como punto de partida para la regulación de una ley que estuviese dirigida a los menores, la Ley de protección a la infancia desvalida de 1912. Esta fue la primera en promulgar unos criterios prematuros para resolver el abandono de los padres, el abuso sexual, de explotación infantil, sin llegar a ser legítima, sino como inicio de una política orientada al cuidado de los niños en riesgo social. Durante esta época existían los centros de reclusión para menores que cometían delitos, los que los padres consideraban que debían ir, donde también convivían aquellos que necesitaban de acogimiento.

Tras ella, se aprobó la ley de menores de 1928, que se propuso ser más efectiva y restrictiva, con la que se introdujo un mecanismo de protección para menores infractores y víctimas, y también la creación de los Tribunales de Menores.

Posteriormente, se introdujo la ley de menores de 1967, que supuso la creación de la Policía de menores⁹ pero siguiendo con los anteriores modelos promulgados en

⁹ “Art. 15. Créase en la Dirección General de Carabineros un Departamento denominado «Policía de Menores», con personal especializado en el trabajo con menores. Este departamento establecerá en cada ciudad cabecera de provincia y en los lugares que sean asiento de un Juzgado de Letras de Menores, Comisarías o Subcomisarías de Menores.”

leyes pasadas.

Pero no es a partir de 1980, cuando Chile firmo la Convención sobre los Derechos niño, que los distintos gobiernos del país quisieron amoldarse a las exigencias planteadas por este reglamento internacional. Por ello, se llevaron a cabo distintas reformas del ordenamiento jurídico como por ejemplo la Ley de Filiación de 1998, que pretendía terminar con la diferencias de derechos entre los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio. También se consagro en 2003 una Reforma Constitucional que estableció la obligación y gratuidad de recibir la educación media para los menores, de este modo se combatirían lacras como el trabajo infantil, el analfabetismo, que son la base de la discriminación social.

No es hasta 2005 cuando se aprueba la ley nº 20084, de sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, que supuso que los menores que tuviesen menos o entre los 14 y 16 años serian inimputables penalmente y solo podría aplicarse medidas de protección, de las cuales se encargaría el Servicio Nacional de Menores (Sename)¹⁰. En la ley se tomaba el criterio del discernimiento¹¹ para los menores de 16 hasta los 18 años, para conocer si eran conscientes de los hechos cometidos y así, condenarlos y encarcelarlos como a los adultos. Sin embargo, si no contaban con discernimiento, pasaban a cargo del Sename para internarlos en centros para su protección, que no contaban con la declaración de derecho a defensa gratuita y que tampoco establecían un límite de tiempo para su estadía allí, como tampoco de unas garantías específicas para un proceso de menores.

Dos años después, se produce una reforma de la ley nº 20084, la Ley 20191, actualmente en vigor, que establece el procedimiento a seguir con los adolescentes entre 14 y 18 años que violen la ley, abandonando el criterio del discernimiento y aplicando la ley por igual para todos los menores que quebranten la ley y se encuentren en este intervalo de edades, para reinsertarlos en la sociedad por medio de un programa especializado.

¹⁰ Será el responsable de la ejecución de las penas contempladas en la ley de Responsabilidad Penal Adolescente por medio de la utilización de unos específicos centros, en el caso de las penas privativas de libertad, y acudiendo a la red privada, para llevar a cabo el cumplimiento de las medidas no privativas de libertad, para contar con un contacto con la sociedad por parte del menor en proceso de re inserción y reeducación.- <https://www.bcn.cl/index_html>

¹¹ Juicio por el cual percibimos y declaramos la diferencias existencias entre varias cosas, como sería el caso de distinguir entre lo correcto o lo incorrecto.

Se caracterizará entonces por contando con un procedimiento específico para menores pero también, con la formación de fiscales y defensores en la materia. Establecerá programas de reinserción para no solo castigar a los menores infractores, sino para reeducarlos. Además se contará con programas de rehabilitación antidrogas y de alcohol.

Se deja atrás el internamiento como método de sanción único y solo se contemplará para aquellos delitos más graves, por ello, habrá una lista de sanciones privativas de libertad y también no privativas de libertad, recogidas en el artículo 6 de la ley nº 20191: *“Sanciones. En sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, a las personas condenadas según esta ley sólo se les aplicará la siguiente Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes: a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; b) Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social; c) Libertad asistida especial; d) Libertad asistida; e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad; f) Reparación del daño causado; g) Multa, y h) Amonestación. Penas accesorias: a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados, y b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias.”*

Además, protegerá los derechos de los jóvenes infractores, como poder conocer el motivo de la detención (salvo delito flagrante¹²); ser informado de forma adecuado de los hechos que se le imputan, como también de sus derechos básicos otorgados por la ley¹³; se respetará su presunción de inocencia mientras se realicen los determinados actos de investigación; ser tratado con dignidad y en ningún caso ser castigado corporalmente o psicológicamente; entre otros.

¹² Artículo 795.1.1 de la LECrim: “(...) se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.”

¹³ Guardar silencio, no poder ser obligado a declarar, tener que ser trasladado a un juez especial de menores en máximo 24 horas. < Ley nº 20084, Sistema de Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.>

4. EL INTERÉS POR LA INFANCIA SOCIOLOGICO Y JURÍDICO.

Desde el siglo XX se está adoptando una mayor preocupación por parte de la sociedad internacional por la vida, oportunidades y derechos de los niños. Esto, entendido de acuerdo con las características de los menores de edad, es porque al fin y al cabo se les considera vulnerables hacia el mundo y los adultos, y es por eso que se tienen que tomar en cuenta sus circunstancias, pues los niños son el reflejo futuro de la sociedad en la que viven.

Como sabemos a partir de nuestro primer epígrafe, los menores se encuentran en fase de desarrollo para vivir sus vidas como adultos en continuo movimiento e interacción con el mundo exterior, acciones que deberán ser aprendidas a temprana edad para que sean adecuadas a los estándares sociales de buena convivencia y socialización.

Es por esto y mucho más que esa preocupación e interés volcado por la sociedad en la infancia que hace que haya sido posible llegar a tratados internacionales con criterios mínimos en cuanto a los derechos de los niños y lo que se espera que tengan estos para desarrollarse como adultos dignos. Como también a políticas públicas para la prevención o la lucha contra taras sociales dependiendo del territorio, como podrían ser en México el tráfico de menores o su explotación sexual, o en España para combatir el "pandillismo"¹⁴ o el acoso escolar.

Así pues, es lógico recordar que lo que una sociedad combate y toma como incorrecto o desviado de la norma social, pase a formar parte de un decálogo de normas del respectivo ordenamiento jurídico del estado, para dar respuesta a los delitos que pueden acontecer. Es por eso, que tratándose de menores de edad, el interés por su vida y su futuro se traduce en un interés jurídico por sus derechos fundamentales, como la intimidad, la dignidad pero también los especiales de acuerdo a su edad y sus circunstancias sociales. Muchas veces será para tratar de parar la delincuencia juvenil pero también del posible victimismo que haya podido acontecer en la vida de cierto menor, que a consecuencia de ello, ha provocado que ese menor agredido, haya acabado siendo un menor infractor. Dicho interés jurídico será conocido

¹⁴ *"Grupo de personas que están estrechamente ligadas hacia la defensa de uno mismo y de las personas apegadas a ellos tienen en común ciertas prácticas para proteger al grupo costumbres y tracto de personales específico ya que por lo general son grupos delictivos que se dedican a robar ,asaltar ,drogarse, grafitear y hasta llegan a matar a una persona."* Esto será lo vinculante para que este concepto sea importante a ojos de la normativa.- Definición obtenida a partir de: < <http://juanpandillerismo.blogspot.com/2012/12/el-pandillerismo.html> >

generalmente como “el interés superior del menor”.

Este concepto, aun sin tener una definición sólida y solemne, se ha entendido por la jurisprudencia actual de España, por ejemplo, como una cláusula general o concepto jurídico indeterminado, que tendrá la posibilidad de comprender en sí mismo la necesidad de protección de los derechos fundamentales, garantías procesales y circunstancias personales de los menores. Esta característica del concepto hará referencia al desarrollo de la personalidad de los menores, pues cuando hablamos de ese interés, nos referimos a los niños, individuos de la sociedad con derechos y personalidad jurídica desde el momento que nacen, y necesidades diferentes a la de los adultos y que se encuentran en crecimiento físico y psíquico.

Entenderemos que cada persona tendrá ciertos rasgos de personalidad y distintas vivencias, y es por ello que se valorará que, el concepto del “interés superior”, no solo abarque a los menores que han sido víctimas de delito para velar por sus derechos, sino también por los infractores. Esto será posible por la faceta dinámica, flexible que tiene la aplicación del principio, puesto que podrá ser individualizado y concretado por cada menor, sin generalizaciones.

Sin embargo, nos encontraremos con el problema de que el adulto que se encargue de juzgar, ya sea representante legal o juez, tendrá ya unos prejuicios, valores e intereses adquiridos durante su formación de la madurez, y será por eso que en muchas ocasiones se caiga en la objetividad de la aplicación del interés superior del menor y se tomarán medidas que aunque sean buenas, no son las que realmente necesita el menor y sus circunstancias.

No obstante, aun cuando existen críticas ante el uso del principio, la Ley Orgánica 5/2000 lo contempla en ciertas manifestaciones de su Exposición de Motivos, cuando lo determina como límite para la elección de las medidas que aplicarán los Juzgados de menores, como principio básico de la presente ley, también como un criterio que orientará al legislador penal de menores; por otro lado como elemento base para el procedimiento en el proceso de menores, tanto en la fase de investigación, como para la ejecución de las medidas educativas.

Sin embargo, como podemos observar en la Exposición de Motivos, ese interés superior del menor, no solo afectará al proceso penal de menores cuando se trata de infractores menores de edad, que también actuará como garantía en el proceso civil en que se vea involucrado un menor, como sería por ejemplo en el papel de víctima o como parte infractora, como sería en un juicio en el que se deba establecer la patria potestad, cosa que deberá ejercitarse en beneficio de los hijos, sin contar con lo que

quieran los padres; o cuando se trate de un caso de intervención judicial para determinar la guarda y custodia de un menor, en ese caso, el menor tendrá derecho a opinar y que este cambio sea también a favor del menor.

Y es entonces que se entiende que su fin máximo es la protección del niño, atendiendo a su personalidad y desarrollo, para que crezcan naturalmente en el seno de una familia, y que tengan una inserción social y personal durante la infancia y después en su adultez.

Es por todo lo anterior que el principio tratado será considerado como fundamental para el proceso penal de menores, pues este será el pilar para la aplicación de medidas más idóneas o más beneficiosas para el menor. Cuando se refiere a beneficio, no se hace referencia a un premio dado por la justicia por sus actos, sino a beneficio en cuanto a una posible victimización del menor por parte de la justicia y como síntoma del paso por el proceso de menores.

Entonces matizamos en que se puede entender como “interés superior del menor” como las acciones individualizadas y especiales que realiza la justicia para el pleno desarrollo de un ser humano como también de protección de su dignidad y derechos fundamentales, configurándose así como principio de actuación de la jurisdicción tanto como garantía procesal como elemento determinante de valoración de las medidas a imponer en menores infractores. Así mismo, también podrá actuar como presupuesto procesal por el cual el menor no estará separado del procedimiento que atañe a su persona, sino que lo contemplará como parte que se involucra por ejemplo eligiendo su propio abogado. Pero sobre todo, contemplaremos el interés superior del menor como un criterio determinante para valorar las medidas educativas que se elegirán para el determinado menor.

4.1. La evolución del interés en el menor en la historia

El término actual indeterminado pero concebido a rasgos generales del interés superior del menor no siempre ha sido así, pues ha ido desarrollándose a medida que las preocupaciones de la sociedad hacia los menores cambiaban y a consecuencia de ello, cambiaban las leyes y sus actuaciones con estos individuos concretos.

El concepto no era concebido en su totalidad hace años, sino que se refería a él en como *interés* a secas.

Sin embargo, es observable una introducción a ese interés antes comentado cuando se observa la Declaración de Ginebra de 1924 que afirma: *“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle,*

afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia.”

En este fragmento se aprecia que la Declaración de Ginebra hace patente que existe una obligación por parte de los adultos por darles las mejores condiciones a los menores de edad, que deben ser considerados iguales en todo momento y por ello, protegidos por ley.

Así mismo, se citan una lista de obligaciones:

“1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.

3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo”.

Aun que se aprecia que no existe una indicación clara de que estos preceptos se traten de derechos para los menores, cuando se observa la expresión “el niño debe ser”, puede ser traducido a que el niño tiene derecho a ciertos aspectos y cosas, que serán dadas como obligación por parte de los padres a cargo de los niños.

Así es que con esa determinación de derechos reconocidos a los menores de edad, se reconoce al menor como individuo con necesidad de protección y no como un individuo capaz de participar en la defensa de sus derechos.

No obstante, se observa que no existe una determinación de lo que entiende la Declaración de 1924 como niño y por ello, la entenderé como todo aquel individuo nacido y menor de 18 años, como libre interpretación.

La nombrada Declaración de 1924 no poseía una fuerza coercitiva ni impositiva, sin embargo obtuvo un gran impacto en la sociedad y la normativa del momento y se estableció como inicio de toda declaración de derechos a la niñez. Hecho que se entenderá también como precedente a considerar el interés superior del menor, puesto que si la justicia y la sociedad deben respetar y proteger a los menores y sus derechos, para ello, deberán optar por lo más beneficioso para los niños.

Por otra parte y sucesivamente, observamos otro instrumento que buscará que los estados logren orientar su conducta hacia el respecto y protección de los derechos,

la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); que aunque no tenga fuerza obligatoria para los distintos ordenamientos, establece en su contenido que los derechos que por su naturaleza puedan ser ejercidos por menores, no podrán ser aplicados a mayores de edad, hecho que se ha ido estableciendo en Chile y España, por ejemplo.

Se considerará a la DUDH un precedente igualmente de los derechos de la infancia y de adolescencia, siendo así derechos que surgen de la protección a la dignidad humana. Además, se llegó a establecer un nuevo modelo de protección de derechos.

Se observa que existe el preámbulo del que se entenderá como indicador de necesidad de protección de los menores de edad: *"Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño"*

Es apreciable leyendo el preámbulo, que existe una mejor respecto a la Declaración de 1924 al establecer explícitamente que los niños serán los receptores de todos los derechos humanos y que estos serán atendidos respecto a sus características individuales para así darles una protección especial si la necesitasen. Entonces se entiende que la ONU optará por regular los derechos del niño de manera autónoma, respecto a los Derechos Humanos declarados en general para todos los individuos.

Con el preámbulo y con la Declaración Universal en sí, nuevamente se intensifica ese interés superior del menor y su concepción en los estados internacionales, puesto que cuando se cita que necesitarán especial protección en su vida y que esta se llevará a cabo atendiendo a sus circunstancias particulares. De esta forma, se va formalizando un matiz del concepto que tratamos.

Posteriormente existe una mejora en la concepción y formalización para entender el interés superior del menor y esto lo vemos reflejado en 1989 en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, donde el interés o la idea de este, era una de los conceptos más importantes, formando parte de los cuatro principios fundamentales, que señalaba que se debía tener en cuenta ante todo el

interés de los menores de edad en cuanto a todas las circunstancias que se vean involucrados. Dicho principio, lo vemos reflejado en el artículo 3.1 de la CDN : “En todas la medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Es notorio a primera vista que ya existe una indicación directa de lo que se debe atender en los procesos en los que se vean involucrados menores, sin importar de la clase que sean esos procedimientos. Y con ello, se hace patente la necesidad de que se precise lo que se entenderá o no como interés superior del menor, y como se aplicará en cada país para que así exista un concepto general y fiable para la protección de los menores, ya sean infractores o víctimas de delitos

4.2. La actual percepción de la importancia por la infancia

La preocupación por la infancia en el siglo XXI ha sido constante a la hora de querer cambiar la realidad de muchos niños; ya sea por los problemas urgentes, los más tradicionales, que azotan a este grupo social como son la mortalidad, las enfermedades infantiles o aquellas situaciones de pobreza o las que provocan exclusión social.

Ahora bien, en la actualidad, ante la conclusión de que los niños no quedan “intactos” ante los cambios de su alrededor, ya sea en su familia o en la escuela, se han tomado nuevos retos para dar solución a otros problemas derivados del cambio en la sociedad, como son: la entrada de la mujer en el mercado laboral, el cambio en el papel del hombre en el cuidado de los niños y los trabajos en el hogar, entre otros.

Sin embargo, tras muchos años tras la tara social de los problemas infantiles, se ha querido modificar el error que suelen cometer muchos trabajos sociológicos, psicológicos o jurídicos: centrar el “foco de solución” únicamente en la etapa de la segunda infancia¹⁵. Esta es la etapa en la que los menores comienzan su transición a la vida adulta, convirtiéndose en adolescentes con las hormonas por los aires, como defendía Freud y que ello, añadido a distintos factores, provocan en ocasiones que sea la etapa en la que esos “menores” se convierten en un problema social. Así pues, la nueva visión de nuestra actualidad, es dar solución a esos problemas ya no cuando el niño ha formalizado su personalidad y ha tomado ciertas actitudes como buenas, sino cuando aún ese niño se encuentra en el umbral de la “primera infancia”, más

¹⁵ Comentada en el apéndice nº 2.1 del presente trabajo.

específicamente entre el primer año de vida hasta los 10 años.

Centrando así los cambios en esta franja de edades, se pretende que esos niños no desarrollen comportamientos violentos o que acaben siendo parte en delitos, que necesiten de respuesta por el ordenamiento jurídico; pues como ya hemos señalado en anteriores puntos, la ley actuará para redirigir el comportamiento de los menores que han infringido las normas; se encontrara en muchas ocasiones con el paradigma entre castigo y medida, pues el interés de todo los mecanismos centrados en la infancia, es que estos tengan el menor impacto en su infancia y desarrollo como personas.

Volviendo a lo que señalábamos, si damos solución a esos comportamientos en contra de lo que se considera que este bien en determinada comunidad, se pretende que de ese modo la justicia no tenga que tomar papel en la infancia de ningún sujeto. Sin embargo, en la actualidad aunque se hayan mejorado distintos indicadores del bienestar de la infancia, tales como una escolarización universal (o por lo menos, en casi todo el mundo), la reducción de la mortalidad infantil, la erradicación de formas extremas de pobreza, etc.; siguen saltando las alarmas en torno a distintos problemas actuales, como el acoso escolar (popularmente llamado "*bullying*"), las adicciones a estupefacientes o alcohol a temprana edad, o por desgracia la ganadora de todas, la pederastia.

Estos problemas, no provocan siempre que estos menores desarrollen comportamientos que vayan a necesitar de medidas educativas por parte de una institución, pero en la actualidad se han observado niveles altos de delincuencia en menores que han abusado de drogas o alcohol, por los efectos que tienen estas sustancias en sus cuerpos o por el simple hecho de la integración en los grupos de iguales¹⁶. Sin embargo, también se han llegado a encontrar casos de menores que se convierten en infractores en muchas ocasiones tras haber sido víctimas de *bullying* o tras haber sufrido episodios de abusos sexuales o psicológicos en sus primeros años.

Es por todas estas taras sociales, que en la actualidad de tiene un predisposición a valorar en alza la infancia, pues en la mayoría de los casos no se llega a pensar realmente en el menor, sino en la sociedad y en que pueda llegar a ser un problema para la comunidad. No obstante, hemos encontrado el problema de que cuando se trata de un menor víctima, la solución al problema social cambia. Pues en estos casos es cuando se valora que la infancia es algo inquebrantable y quien la dañe, merece un

¹⁶ Principal agente de socialización y se caracteriza por estar compuesto por individuos de la misma generación que establecen relación de tipo primario.

castigo; castigo que llevará aparejado una agravante¹⁷ específica del tipo legal del Código Penal, pues que sea contra un menor es un hecho grave y que con el paso de los años se ha ido endureciendo en el ordenamiento jurídico de los dos países que tratamos en este trabajo.

En siguientes epígrafes, podremos ver un análisis de distintas condenas ya sean menores que han infringido la ley o adultos que han causado que un menor sea víctima, y observaremos como al pasar el tiempo, las medidas han intentado endurecerse pero no tanto en los menores infractores, sino más bien en adultos infractores, que es cuando la ley es estricta y castigadora respecto a esos hechos que se consideran graves. Esto se deberá, como hemos podido saber, que esas soluciones jurídicas cuando se trata de un menor que no ha respetado las normas, las medidas que se le aplicaran serán de índole reeducativa y de reinserción, valorando ese interés sobre el menor, lo que le conviene más respecto a sus circunstancias y su personalidad, y el tipo de hecho acontecido.

Y no perdiendo el hilo de los menores infractores, cuando se trata de este sujeto en el desarrollo de la investigación y esclarecimiento de los hechos, se ha criticado mucho la manera de realizarlo cuando se trata de menores. Se ha considerado que se realizaba erróneamente y que vulneraba ese interés superior por el menor, y es por ello que durante los últimos veinte años se han querido implantar unas normas y directrices de cómo se tiene que realizar una intervención en menores infractores, para que esta sea adecuada a ellos y respetando sus derechos.

A continuación, consideraremos la importancia de investigar correctamente a los infractores menores.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, no reconoce el derecho a ser investigado correctamente.

Sin embargo, algunos autores reconocen que dicho derecho reconocido a los niños, viene ligado con otros que si son reconocidos por la CDN, como por ejemplo el derecho a ser escuchado, a dar su punto de vista, su opinión, en función de la madurez que tenga con su edad¹⁸, el “derecho a la libertad de expresión” por el medio

¹⁷ Circunstancia que puede concurrir o no en el ilícito penal y que si sucede, se volverá complementaria e inseparable a los elementos esenciales del delito, haciendo así que se incremente la responsabilidad penal del enjuiciado por delito.

¹⁸ Art. 12 Convención sobre los derechos del niño.

que el propio menor elija y a buscar información sin límites ni barreras¹⁹, “el derecho a ser protegido contra cualquier forma de explotación que perjudique cualquier aspecto de su bienestar²⁰ y el derecho a que se desarrollen las más efectivas medidas de protección, sobre todo en cuanto a su salud y su seguridad, en el aquellos trabajos que se vean involucrados niños²¹.

Así pues, defendido por diversos autores, cualquier tipo de investigación, en la que estén involucrados menores, debe llevarse a cabo bajo una cuidada metodología y una ética dirigida a niños. No obstante, en ocasiones, se cometen ciertos errores que atentan contra ciertos derechos de la infancia, aquellos que defienden que estos pueden participar «en la investigación, que se utilicen métodos que les permita expresar sus opiniones, puntos de vista y experiencias fácilmente», pero también, «que se les proteja del daño que les puede suponer involucrarse en la investigación, que esté dirigida por investigadores que usen métodos y análisis científicos de calidad»²².

Con ello, se referían a que estos derechos están dirigidos a promover que los niños participen en todas aquellas decisiones que afecten de algún modo a sus vidas, ya sea de manera individual, como a todo el colectivo. Con esta promoción de la participación de los niños, se pretende que «las voces de los menores se han convertido en el símbolo del compromiso del moderno estado de bienestar con los valores de libertad, democracia y cuidado»²³.

Es por esto y más que con los diversos progresos en el marco normativo en referencia a la infancia que ha logrado la CDN, han hecho posible la mejora sustancial en la forma de pretender entender o en ocasiones, llegar a entender la infancia y además, entender que los niños forman parte en las cuestiones que a ellos les atañe

¹⁹ Art. 13 Convención sobre los derechos del niño.

²⁰ Art. 36 Convención sobre los derechos del niño.

²¹ Art. 3.3 Convención sobre los derechos del niño.

²² BEAZLEY, H.; BESSELL, SH.; ENNEW, J. Y WATERSON, R. (2009). «The right to be properly researched: research with children in a messy, real world». *Children's Geographies*, 7 (4), 365-378. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.1080/14733280903234428>: página 370.

²³ JAMES, A. (2007). «Giving voice to children's voices: Practices and problems, pitfalls and potentials». *American Anthropologist*, 109 (2), 261-272. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.1525/aa.2007.109.2.261>: página 261

en todos los aspectos de su vida; es por ello que se configuran como sujetos de derechos con una voz propia que debe ser considerada como a cualquier adulto. Entre esos derechos que tiene como sujeto en nuestra sociedad, son considerados el derecho a la protección, a la promoción y de participación; derechos que han ido incrementando la conciencia de la ciencia en las investigaciones en menores, puesto que ahora no solo deben recibir opinión de un adulto sobre los niños, sino que se pretende que estos mismos den su opinión desde el punto de vista de sus propias experiencia e intereses.

Para que esto pueda ocurrir, es necesario que la doctrina se especifique en las necesidades que tiene el colectivo de la infancia. El cual es muy específico a la hora de comunicarse, de ver el mundo, pues viven y ven el mundo de distinta forma, y es necesario que las instituciones se adapten a esas necesidades específicas para que los niños puedan disfrutar de un respeto a sus derechos, como gozan los adultos.

Una de las especificaciones más importantes, se conforma en torno a la relación de poder y dominación que se puede conformar en torno al investigador y el investigado; esto se debe a que obviamente, ya no solo en relación a la edad, el menor se puede ver en una posición de sumisión ante este y en ocasiones se ha caído en casos de abuso y manipulación. Esta cuestión, en ocasiones provoca que los resultados de la investigación no sean los correctos, porque el menor se encuentra influenciado y en otras ocasiones, porque el propio investigador, en vez de considerar al menor como un sujeto que puede llegar a comprender lo que ocurre a su alrededor; este piensa que el niño no tiene la capacidad suficiente y en ocasiones toman decisiones por ellos, sin siquiera intentar escucharlos o hacerles comprender adaptándose a ellos y sus circunstancias.

En otras ocasiones, en esta disimetría de poder entre el investigador y el investigado, se observa que el menor no se siente en un ambiente cómodo, que haga posible su participación espontánea y decidida, sin que un adulto guíe sus respuestas. Además, de que también se cae en el condicionante de participación del niño en la investigación, cuando esta debería ser libre y voluntaria.

Es por estas cuestiones, que en muchas investigaciones se puede llegar a pensar que condicionan el relato del menor y la relación con la verdad de este.

Sin embargo, encontramos que la mayor disimetría entre el especialista y el menor, será a la hora de informar y dar a conocer los resultados del proceso. Puesto que, el menor no tiene la formación ni la experiencia y el investigador es quien redactara el informe y será el que tenga el conocimiento más amplio del tema que les

atañe. Es por ello que se critica, pues en los niños, estos no contarán con las vías necesarias para quejarse u oponerse a lo dicho o hecho en la investigación, y en ocasiones, mucho menos a acceder a los resultados de esta. Esta problemática también ira ligada a la limitación de conocimiento de los adultos sobre el pensamiento, el vocabulario o lo que considera normal un niño.

Sera de vital importancia que el investigador no pretenda ser igual al menor y que entienda que este, tendrá unas intenciones, una visión y una misión distinta para lo que él considera su mundo; y por ello, no podrá comprender en su totalidad los sentimientos y percepciones del menor. Es entonces cuando el procedimiento deberá adaptarse al niño y a su inmadurez, siendo incapaz de comprenderles y de valorar lo que ellos testifiquen como correcto o erróneo. Es por ello que el proceso no tendrá que pretender interpretar la voz del menor, sino dejar la realidad de su relato y no sacar suposiciones o entendimientos que pueden estar contaminados con la adultez del investigador.

Entonces se podría establecer que ese derecho reconocido a los menores a participar en los procedimientos donde se vean involucrados como investigados hace palpable la importancia de que este proceso no sea el mismo que para adultos y se adapte en lugar, circunstancias y metodología para ellos. De esta forma se conseguiría la comodidad de estos y que la investigación sea respetuosa con sus derechos, y así que lo testificado por el menor sea lo más ajustado a la realidad y no se caiga en inventos o fabulas por el estrés o nervios que el procedimiento puede implicar para el menor investigado. Pues como señalábamos en epígrafes anteriores, los menores que recoge la LORPM que pueden ser investigados, se encuentran en un momento de sus vidas que necesitan confianza, interés y confort para ser ellos mismos.

4.3. Diferencias de interés entre menor víctima y menor investigado

Partimos en este apartado de las características que se toman como rasgos generales característicos de la personalidad de menores investigados (específicamente los infractores) y también de aquellos descubiertos como víctimas de delito.

Con esta clasificación de ambos en cuanto al terreno psicológico y social, pretendemos que se pueda apreciar posteriormente el interés que vuelca la justicia en lo que se refiere al proceso de menores dependiendo en que situación jurídica se encuentre el menor.

Tras consultar diversas fuentes que recogen los rasgos característicos de

personalidad de la mayoría de los menores que quebrantan la ley, encontramos que suele ser común en ellos: un alto grado de hostilidad e irritabilidad hacia su entorno social y familiar, pero sobre todo, hacia sus padres; se sienten los dueños de sus vidas y no aceptan reglas ni opiniones de estos. Así mismo, tendrán una falta de lazos de confianza y por ello, tenderán a inventar, a engañar y a mentir respecto a sus actos, sus sentimientos, sus intenciones.

La mayoría de estos menores irán en busca de nuevas experiencias y sensaciones que les hagan sentir, como decíamos anteriormente, dueños de sus vidas; como denominador común, que esas experiencias lleven riesgo y que en muchas ocasiones son llevadas a cabo a raíz de la impulsividad, de algún modo, también por sus problemas de atención y de hiperactividad.

Es por esta búsqueda incansable de lo nuevo, que tendrán una propensión alta hacia el aburrimiento y una necesidad palpable de sentirse observados y tomados en cuenta. Por ello se suele decir que estos menores, mostrarán rasgos de extraversión a la hora de llamar la atención de los de su alrededor, sobre todo a lo que respecta a su grupo de iguales.

Sin embargo, como contradicción a esa extraversión, encontraremos que no son capaces de demostrar lo que sienten realmente ni mucho menos, comentarlo. Es por ello que presentarán una dureza emocional que hará casi inalcanzable la comunicación con ellos. No obstante, si la conversación va referida a ellos, tenderán a ser egocéntricos, pensando que todo a su alrededor es por y para ellos; y si por algún casual se les juzga o se les intenta reconducir, presentarán una baja tolerancia a la frustración, que podrá en ocasiones convertirse en una respuesta de ira hacia quien quiere cambiar lo que para ellos es lo que debe ser.

No obstante, fuera de estas características también encontraremos en muchas otras ocasiones que esos menores infractores no pretenden ser lo que coloquialmente se dice “niños/as malos/as”; en gran parte estos llevan a cabo actos delictivos por una falta de atención, de disciplina o de interés por parte de sus tutores, que acaba desembocando en actos que podrían describirse como “gamberradas” pero que cuando existe una falta de modelo paternal/maternal, se pueden convertir en un problema en disputa con el orden social y que acaba en los juzgados.

Por otra parte, cuando hablamos de menores víctimas de delitos encontramos

que comúnmente se trata de casos de malos tratos, abuso sexual o bullying²⁴. No tienen que ver los delitos pero se suele seguir una pauta en cuanto a la respuesta psicológica por parte del menor. Encontraremos que se repite cierta pauta pero si nos referimos a los menores víctima por malos tratos vemos que a raíz de los daños que pueden sufrir en su desarrollo psicomotor, sensorial, emocional o del lenguaje y del comportamiento ocurre que sufren de ansiedad ante situaciones de baja presión, de hiperactividad o incluso de agresividad al no haber aprendido a relacionarse correctamente y al tener un sesgo de trauma, y tener así una inadaptación global. Podrán sufrir de aislamiento y de timidez en todo su entorno, por los miedos que tienen pero sobre todo a los adultos; además habrán casos en los que ese aislamiento desemboque en una depresión al no relacionarse ni abrirse con los demás y que finalmente se diagnosticaría como un síndrome de estrés postraumático crónico²⁵ por los malos tratos sufridos.

Por una parte, encontraremos que en la Convención sobre los Derechos del niño, son reconocidos para los menores ciertos derechos, entre otros:

a) El derecho a gozar de una buena salud y con ello a unas condiciones óptimas de higiene, alimentación, etc.; b) El derecho a la vida, pues se lucha contra los parricidios, los asesinatos y homicidios de menores.; c) Derecho a la libertad de expresión y de opinión, tanto en el seno de sus familias como en su entorno.; d) Derecho a tener un nombre propio, una identidad y de igual modo, a pertenecer a una nacionalidad específica; a no ser tratados como cosas, objetos inertes.; e) El derecho a tener una familia o a un grupo al que pertenecer para crecer en un ambiente de bienestar adecuado a su edad y circunstancias.; f) El derecho y la lucha contra el trabajo infantil o la explotación laboral; entre otros.

Dicha lista de normas básicas para la vida de cualquier menor de edad, resulta en ocasiones aun vagamente un intento de cambio en el mundo pero que poco a poco se trata de una herramienta generalizada y que garantiza su cumplimiento sin importar que familia sea o en que territorio se encuentre el menor, y haya así una igualdad en

²⁴ Situaciones de acoso, intimidación y victimización entre iguales hacia otro individuo en el ámbito escolar que pueden desarrollarse durante meses o años, que convierten al menor en víctima de insultos, rumores, aislamiento social, amenazas, etc.

²⁵ Se trata de un trastorno que afecta a la salud mental de algunas personas que lo desarrollan a raíz de la experiencia de un evento traumático, como sería un accidente de tráfico, haber perdido un ser querido, o por cualquier suceso que afecte a la víctima.-

< <https://medlineplus.gov/spanish/posttraumaticstressdisorder.html> >

derechos para todo menor de 18 años.

En cuanto al proceso penal de menores, no se hacen diferencias psicológicas ni de conducta a tener en cuenta sino más bien se hace una serie de diferencias en cuanto a los derechos y obligaciones en el proceso dependiendo en que parte se vean involucradas, en la de acusador o de acusado.

Existirán entonces una serie de derechos que serán reconocidos a todo menor que forme parte del proceso pero como presunto infractor; recogidos en la ya nombrada Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, reforma de la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor 5/2000, en su artículo 22.1, señalando que *“desde el mismo momento de la incoación²⁶ del expediente, el menor tendrá derecho a:*

a) Ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten.

b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración.

c) Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias.

d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.

e) La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia.

f) La asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores”

A su vez, como punto común de derechos tanto para menores infractores como para menores víctimas, encontraremos nuevamente los derechos promulgados por la Convención sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que serán para aquellos menores de 18 años, considerados individuos de pleno derecho, con el desarrollo físico, mental y social para expresar libremente sus opiniones como

²⁶ Dirigiéndonos a la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo la disposición final primera de la LORPM, y a la Convención de Derechos del Niño de la ONU de 1989, se aclara que dichos derechos serán también de aplicación antes de dicha incoación, es decir, durante la instrucción misma.

derecho. Además, hará posible que se sigan unos criterios en cuanto a salud, supervivencia y de desarrollo en la sociedad.

Así pues, será un reconocimiento de la dignidad humana fundamental de todo menor, como también la necesidad de garantizarles que tendrán protección ante los conflictos de la sociedad en los que se vean involucrados.

Sin embargo, en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se reconocen unos derechos comunes para todas las víctimas de delito, ya sean adultas o menores pero cuando llegan a los menores de edad, se hace una diferenciación en cuanto a las medidas de protección, pues en el artículo 26 se presentan además de las medidas establecidas para adultos, unas complementarias, *“de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes:*

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos.”

Pero además, valorará la posibilidad de que se designen defensores judiciales en determinadas circunstancias, para que así se vele por el interés del menor, como son:

“a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.

c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares”

Es entonces que entenderemos que la jurisdicción española en materia de menores querrá aportar los mismos derechos a los menores de edad, sin embargo,

esto no podrá ser totalmente una realidad porque uno está en conflicto con la justicia y el otro, lo que necesita de ella, es protección y cuidado. Y será por esto que será importante el interés superior del menor para unir todos los derechos reconocidos, sin importar la figura jurídica que jueguen los menores en el proceso, pues este garantizará que aunque sean investigados o víctimas, se velará por lo que de verdad les conviene y sea de vital importancia para subsanar el daño que exista.

5. CRONOGRAMA DE ALGUNOS CASOS DE MENORES IMPLICADOS. TRANSCENDENCIA SOCIAL DE CASOS DE INFRACTORES Y DE VICTIMAS QUE SON MENORES.

- 1965→ Caso Piedad, la letal envenenadora de Murcia (Niños asesinados en España)

En el presente caso, veremos un ejemplo de la realidad que vivían algunos menores antes de la Convención de los derechos del Niño.

Esta es la historia de Piedad, una niña de 12 años, hija de una familia numerosa, humilde y trabajadora. La menor, la tercera hija de la familia, era la que se encargaba del cuidado de sus hermanos menores, Mari Carmen de 9 meses, Mariano de 2 años, Fuensanta de 4 años, Andrés de 5 años, Manuela de 6 años, Cristina de 8 años y Jesús de 10 años; mientras sus padres iban a trabajar, al igual que sus hermanos mayores José Antonio y Manuel.

Piedad, al verse sumida en un cuidado de continuos nuevos hermanos, cometió el asesinato de Mari Carmen, Mariano, Fuensanta Andrés, envenenándolos cada cinco días, por medio de la leche mezclada con veneno que les daba para merendar.

Tras mostrarse impasible ante los sucesos y haber culpado a su madre de los crímenes, Piedad fue puesta a custodia del Tribunal Tutelar de Menores para después ser ingresada en un centro religioso que era el elegido para el cuidado de niñas descarriadas o en situación de riesgo.

En este caso, veremos que la opinión pública se escandalizó por los hechos cometidos por una menor de edad pero más aún cuando la medida impuesta no fue la de internamiento en un centro de menores infractores, pues no estaba contemplada, sino que se aplicó lo que explicábamos en epígrafes anteriores en la Ley de 1944.

- 1979→ Caso Anfruns (Niño asesinado Chile)

Cuando Rodrigo Anfruns de 6 años desapareció del jardín de sus abuelos el 13 de junio de 1979, en un comuna de Chile. Todo el país se movilizó para localizarlo y finalmente, 11 días después, su cuerpo fue localizado cerca de la vivienda de los abuelos. Sin embargo, lo que se esperaba que se abriese una investigación durante mucho tiempo para localizar al culpable, acabo con la declaración y posterior detención de un menor de edad, P.P.V, que reconocería los hechos.

Sin embargo, tras una serie de averiguaciones sobre el supuesto autor confeso, se determinó que este no podría haberlo hecho, al no haber tenido la posibilidad de

haberse hecho cargo de un menor secuestrado, pues seguida este acudiendo a la escuela mientras Rodrigo estaba en paradero desconocido.

Este caso se vio teñido de opinión pública puesto que las noticias dadas por las autoridades en cada momento eran engañosas y se criticó que los responsables realmente habían sido agentes de la autoridad en tiempo de dictadura. Sin embargo, con el menor se siguió el procedimiento encaminado para menores: se le mando a un centro de justicia de menores, se estudiaron sus circunstancias y sus posible responsabilidad, para después dejarlo en libertad al no reunir las piezas clave para juzgarlo, pues con su mero testimonio no era suficiente.

➤ 1998→ El caso Ñoño el Pelón (Niño asesinado en España)

En octubre de 1998 apareció el cuerpo de un niño de 11 años en un olivar cercano al polígono industrial de Jaén. El cadáver, tras la autopsia correspondiente mostraba claros signos de abuso sexual, un total de 25 cuchilladas repartidas del cuello hasta las extremidades, además de un hematoma craneal que fue la causante de su muerte. Tras esto, se determinó que el menor agonizó durante horas hasta finalmente recibir el último golpe mortal, había sido asesinado de forma brutal y extremadamente violenta.

Como presuntos autores del terrible asesinato fueron detenidos Enrique C. L. y Antonio A. S. ambos menores de edad con antecedentes de conflictos con la sociedad. Finalmente, tras las oportunas investigaciones y descubrimientos, se encontró probado que los menores eran responsables del asesinato del menor de 11 años.

De acuerdo con la legislación en menores de esa época, la fiscalía solicito para los menores de 16 años imputables en el momento de los hechos, un total de 21 años de prisión tanto por el delito de agresión sexual como por el de asesinato. No obstante, como sabemos, era posible la acusación particular y esta elevo la pena solicitada a 35 años, por la agravante de abuso de confianza que encontraban que se cumplía.

➤ 2000→ Las brujas de San Fernando (Joven asesinada en España)

El 26 de mayo del 2000, Clara García de 16 años fue asesinada en Cádiz a manos de Iria y Raquel, amigas de ella del instituto que tras mostrar interés por la

muerte, las artes oscuras, etc, decidieron conocer que se sentía al matar. Por ello, esa noche Raquel apuñaló con ayuda de Iria 32 veces a Clara.

Con este concreto caso se estrenó la Ley del menor y lo que podría haber sido 25 años de prisión para las chicas de 17 años, paso a ser un internamiento en un centro de menores distinto para cada uno por ocho años, de los cuales se cumplieron seis, y un total de cinco años de vigilancia.

Este caso supuso la aplicación de unas medidas especiales para las menores y con ello una rebaja notoria de la pena, pero que también trajo consigo que ese interés superior por el menor aplicado en el caso de Iria y Raquel se calificó de nefasto y permisivo, hasta el punto que se consideró que no se había hecho justicia para la menor asesinada.

➤ 2003→ Caso Sandra Palo (Joven asesinada en España)

El 17 de mayo de 2003, Sandra Palo de 22 años, una joven con un 53 por ciento de disminución, que fue violada, atropellada y quemada viva por cuatro jóvenes, uno mayor de 18 años, dos de 16 años y otro de 14.

Se trató del caso más escabroso protagonizado por menores que había sufrido España, por su crueldad, su inhumanidad y sus sangrientos hechos.

Sin embargo, de acuerdo con la Ley orgánica 5/2000, se aplicaron las medidas previstas para los tres menores de edad, y de ese modo por sentencia del Juzgado de Menores de Madrid, se internó a los dos jóvenes de 16 años en un centro de menores por ocho años y tras ello, a cinco años de libertad vigilada, es decir, a las máximas penas y tiempos contemplados en la ley. Por otro lado, al joven de 14 años se le internó por cuatro años y posteriormente, a tres años de libertad vigilada.

Por la atrocidad de los actos considerados por la opinión pública, se consideró hasta día de hoy que se deberían endurecer las penas impuestas al menor, pues en este caso concreto, al mayor de 18 años que actuó conjuntamente con los menores, se le condenó a 64 años de cárcel. Es por ello, que nuevamente se criticó el criterio de aplicar del “interés superior del menor”, al haber consentido a los menores como si de una travesura se tratase y no como uno de los peores crímenes.

➤ 2018→ Caso Ámbar (Niña asesinada en Chile)

El caso ocurrió en abril del 2018, cuando después de comprobados abusos y maltratos hacia la menor, Ámbar de 1 año y 7 meses, fue violada y asesinada por la pareja de la tía que tenía la custodia de la menor.

Con este caso queremos hacer visible la preocupación que tiene la sociedad chilena por los menores que resultan víctimas de abusos sexuales y maltratos, pues cada vez salen más casos y la opinión pública se está manifestando en las calles.

A raíz de los actos cometidos por Espinoza, el principal sospechoso y culpable del asesinato, fue condenado a presidio perpetuo calificado²⁷ por el maltrato continuo hacia la menor por el acusado, pues la cadena de muerte fue ratificada del ordenamiento jurídico chileno.

Como respuesta a esta cadena impuesta, de entre la opinión pública, surgió la opinión de expertos legales, que querrán modificar las penas para adultos que cometan violaciones contra menores, estableciendo en penas de 5 a 20 años cuando la víctima sea menor de 14 años y en caso que la muerte haya sido producida por la violación, la pena a imponer vaya de los 20 a los 40 años.

²⁷ Conocida como cadena permanente pero con posibilidad de revisión, la cual en el que en el artículo 3 del Decreto Ley n° 321, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, establece que ocurrirá como en España, con la prisión permanente revisable: *“Las personas condenadas a presidio perpetuo calificado sólo podrán postular a la libertad condicional una vez que hubieren cumplido cuarenta años de privación de libertad efectiva.*

(...)

Asimismo, las personas condenadas por los delitos de parricidio, femicidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación, infanticidio, (...), sólo podrán postular a este beneficio cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena.”

6. CONCLUSIONES

PRIMERA. Entender realmente la infancia y la adolescencia y su vulnerabilidad ante el reproche social, será fundamental para tratar el tema del interés volcado en los menores por la justicia. Por ello, será importante valorar las características atribuidas a los menores que se encuentren entre los 14 y los 18 años, para comprender porque la justicia responde de distinta forma, que cuando se trata de menores de 14 años.

SEGUNDA. La protección a la infancia y sus derechos es la base para una legislación que no provoque que los procesos de menores y adultos sean iguales en cuanto a procedimiento, sentencias y medidas.

TERCERA. Se debería empezar a realizar una legislación en materia de menores internacional y común, para que tuviese como finalidad, el establecer los mismos derechos y posibilidades en los procesos de menores.

CUARTA. Desde los distintos estados se debería impulsar que la sociedad comprendiese realmente el interés que tiene la justicia por los menores, su futuro y sus posibilidades de reeducación y reinserción. De ese modo, formar una idea en común de necesidad de cambio en la ley para que sea sólida y respetuosa con los menores, pero además específica y con razón de ser.

QUINTA. Realizar más trabajos de reeducación y reinserción con los menores infractores, para que estos de nuevo acaben en equilibrio con la sociedad pero además, prestar una ayuda real a las víctimas menores de edad, pues sería conveniente que esta no fuese únicamente como la establecida para adultos en Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, sino que también se especificase con los menores.

SEXTA. Consolidar una percepción positiva de lo que se respeta con el interés superior del menor, para así hacer más efectivas las medidas impuestas a los menores infractores en lo que se refiere a las consecuencias posteriores al proceso.

SEPTIMA. Hacer real la aplicación del interés superior del menor en todos los procedimientos en los que se vean involucrados los menores, sean infractores o víctimas, o como posibles víctimas secundarias de procesos contra menores.

OCTAVA. Estudiar los procesos de menores y los efectos que hayan tenido las decisiones tomadas en ellos, para no repetir los mismos errores o cometer los mismos aciertos, para así formar una enfatización en cuanto a beneficios para los menores tomados de acuerdo a los ejemplos pasados.

7. BIBLIOGRAFÍA

ANCHETA ARRABAL, A. Y MIGUEL LÁZARO, L. (2013). El derecho a la educación y atención de la primera infancia en américa latina (el derecho a la educación y cuidado de la primera infancia en américa latina). *Educación XX1*, 16 (1). <https://doi.org/10.5944/educxx1.16.1.719>

ARCO, C. (1999, 20 octubre). EL PAÍS: el periódico global. Recuperado de https://elpais.com/diario/1999/10/21/andalucia/940458140_850215.html

BALSERA, P. Y LUIS, G. (2008). La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional. Encuentros sobre Educación, 7. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.24908/eoe-ese-rse.v7i0.597>

BEAZLEY, H.; BESSELL, SH.; ENNEW, J. Y WATERSON, R. (2009). «The right to be properly researched: research with children in a messy, real world». *Children's Geographies*, 7 (4), 365-378. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.1080/14733280903234428>

BELLAMY, C., & UNICEF. (2004). Estado mundial de la infancia 2005: La infancia amenazada. (). Nueva York: UNICEF.

BERMÚDEZ, E. A. A. (2018). La infancia desde la perspectiva del psicoanálisis: un breve recorrido por la obra clásica de Freud y Lacan; Klein y los vínculos objetuales. *Tempo psicoanalítico*, 50(1), 325-353.

BERNUZ BENEITEZ, M. (2019-02-20); El derecho de la infancia a ser investigada correctamente; *Papers: revista de sociología*, nº 1, año 2019.

BERRIOS DÍAZ, G. (2005). EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES (6). *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*. Recuperado de <http://web.derecho.uchile.cl/cej/htm/media/nuevajusticiaadolescentes.pdf>

BOFILL, APRIL Y JORDI COTS. “La declaración de Ginebra: Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia” *Comissió de la Infància de la Justícia I Pau*. Barcelona, 1999.[En línea]

CASADO FLORES, J., DÍAZ HUERTAS, J.A., MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C. *Niños Maltratados*. Díaz de Santos. Madrid. 1997

CERRUDO HERNÁNDEZ, R., ARMAS RAMOS, H., GONZÁLEZ ESPINOSA, C. "Violencia hacia los niños". En Delgado Bueno S. (Dir.) *Psiquiatría Legal y Forense*. Colex. Madrid.1994

DÍAZ AGUADO, M.J. (dir.) (2014) *Prevención de la violencia y lucha contra la exclusión desde la adolescencia. La violencia entre iguales en la escuela y en el ocio*. INJUVE. Madrid.

DOLZ LAGO, M. (2007). *Comentarios a la legislación penal de menores: incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006* / Manuel Jesús Dolz Lago. Tirant lo Blanch.

ESPARTERO, M. (2018, 17 mayo). 15 años sin Sandra Palo: «El asesinato de mi hija tras el caso "La Manada" incendiaría las calles». Recuperado de https://www.elespanol.com/reportajes/20180517/sin-sandra-palo-asesinato-manada-incendiaria-calles/307720375_0.html

GÓMEZ-MENDOZA, M., & ALZATE-PIEDRAHÍTA, M. (2014). La infancia contemporánea. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 12(1), 77–89. <https://doi.org/10.11600/1692715x.1213040513>

GONZÁLEZ CUSSAC, J., & CUERDA ARNAU, M. (2006). *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor* / coordinadores José Luis González Cussac, María Luisa Cuerda Arnau. Publicacions de la Universitat Jaume I.

GONZÁLEZ CUSSAC, J., TAMARIT SUMALLA, J., GÓMEZ COLOMER, J. Y ALTAVA LAVALL, M. (2002). *Justicia penal de menores y jóvenes: (análisis sustantivo y proceso de la nueva regulación)* / coordinadores penales: José Luis González Cussac, Josep María Tamarit Sumalla; coordinación procesal: Juan Luis Gómez Colomer; autores: Manuel Guillermo Altava Lavall ... [et al.] . Tirant lo Blanch.

Introducción al psicoanálisis. (1953) (Obras completas de Sigmund Freud ed., Vol. V). Buenos Aires, Argentina: Santiago Rueda.

JAMES, A. (2007). «Giving voice to children's voices: Practices and problems, pitfalls and potentials». *American Anthropologist*, 109 (2), 261-272. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.1525/aa.2007.109.2.261>

LEY 20084. Sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la

ley penal, Santiago, Chile, 7 de diciembre de 2005. Recuperado a partir de: <http://bcn.cl/2fe4m>

LEY 20191 (reforma de Ley 20.084). Sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, Santiago, Chile, 16 de junio de 2007. Recuperado a partir de: <http://bcn.cl/2k8rb>

LEY 20526. Sancionadora del acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil, Santiago, Chile, de 13 de agosto de 2011. Recuperado a partir de: <http://bcn.cl/2k8ro>

LIEBEL, M. (2015, marzo). SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y LA EVOLUCIÓN DE LAS FACULTADES On the best interest of the children and the evolving capacities (49). Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Recuperado de <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/123416/Santamar%C3%ADa%20-%20El%20concepto%20del%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%20y%20su%20dimensi%C3%B3n%20constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

MARÍ-KLOSE, P., MARÍ-KLOSE, M., VAQUERA, E., & CUNNINGHAM, S. A. (2010). Infancia y futuro. Nuevas realidades, nuevos retos. (Fundación «la Caixa» ed., Vol. 30). Barcelona, España: Fundación «la Caixa».

MILLÁN, S., GARCÍA, E., HURTADO, J. A., MORILLA, M., & SEPÚLVEDA, P. (2006, abril). Victimología infantil (Victimology in children) (12). Cuad Med Forense. Recuperado de <http://scielo.isciii.es/pdf/cmfn43-44/01.pdf>

NACIONAL, B. D. C. (2007, 16 junio). Ley nº 20191: Modifica la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Recuperado de https://www.bcn.cl/leychile/consulta/vinculaciones/modificacion?idNorma=261383&fechaVigencia=2007-06-16&clase_vinculacion=MODIFICACION

OCÓN DOMINGO, J. (2006). Normativa internacional de protección de la infancia. Cuadernos de trabajo social, 113–.

PARDO, D. (2018, 1 mayo). El brutal asesinato de Ámbar, una niña de 1 año y 7 meses, del que se acusa a su custodio y que conmocionó a Chile. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43969146>

PAULÍ DAVILA, & LUIS MA NAYA. (2011). la defensa de los derechos de la infancia en américa latina desde la perspectiva legal. Una visión educativa. Educación XX1, 14(1), 201–221.

QUEREJETA, L. M. (1999, diciembre). Estructura de la personalidad del menor víctima de maltrato: daños psicológicos y lesiones físicas (13). EGUZKILORE. Recuperado de <https://www.ehu.eus/documents/1736829/3343253/Eguzkimore+13-7.+Querejeta.pdf>

RADA, J. (2018, febrero 28). Piedad, la niña de 12 años que envenenó a sus cuatro hermanos harta de cuidarlos. Recuperado de https://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20161201/174983447_0.html

RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (1). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. Educatio Siglo XXI, 30(2), 89-108. Recuperado a partir de <https://revistas.um.es/educatio/article/view/153701>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [20/01/2020].

SALAS, C. J. (2012, julio). Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile: Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100007

SANCHO, A. G. (2015, 26 julio). Iria y Raquel. «Las Brujas de San Fernando». Recuperado de <http://www.agendadelcrimen.com/2015/07/iria-y-raquel-las-brujas-de-san-fernando.html>

SANTAMARÍA, M. L. (2018). *El concepto del interés superior del niño y su dimensión constitucional* (7). Universitat Politècnica de València. Recuperado de <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/123416/Santamar%C3%ADa%20-%20El%20concepto%20del%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%20y%20su%20dimensi%C3%B3n%20constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SANTIBÁÑEZ, M. E., & ALARCÓN, C. (2009, junio). Análisis crítico de la aplicación práctica de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y propuestas de mejoramiento. Recuperado de <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/analisis-critico-de-la-aplicacion-practica-de-la-ley-de-responsabilidad-penal-juvenil.pdf>

SERRANO, M. M. (2015). Violencias sociales: Los agresores y las víctimas que son menores. ES: Editorial U.O.C

T13 | Tele 13. (2019, 3 junio). Recuperado de <https://www.t13.cl/noticia/nacional/a-40-anos-del-caso-anfruns-esta-investigacion-sobreseida-temporalmente>