



FACULTAD DE DERECHO

LA UTILIZACIÓN DE MENORES PARA LA COMISIÓN DE DELITOS POR BANDAS CRIMINALES

Autor: Cristina Serna García

5º E-3 D

Área de Derecho Penal

Tutor: Dña. M^a Concepción Molina Blázquez

Madrid

Junio 2018

La utilización de menores para la comisión de delitos por bandas criminales

Cristina Serna García

Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

RESUMEN. La utilización de menores para la comisión de delitos por bandas criminales comporta una situación difícil de detectar para los ojos del transeúnte cotidiano de las grandes ciudades, para aquellos poco ávidos observadores, o que simplemente no se encuentran en el epicentro de conflictos de violencia o narcotráfico, donde la cruda realidad es devastadora. En este sentido, tan solo es posible hablar de estimaciones, existiendo como mínimo unos 30.000 menores de edad que participan en actividades delictivas organizadas por bandas criminales en países de América Latina como México o hasta alrededor de 300.000 que participan en conflictos armados en todo el mundo.

La utilización de estos menores como mensajeros, soldados, guardaespaldas o como ejecutores de actos de sicariato, resulta en graves violaciones de los derechos de los niños, lo cual conlleva al estudio de lo que va a ocurrir con este menor cuando es utilizado, cuál va a ser su responsabilidad penal y cuál es la protección jurídica establecida por la legislación penal española que le corresponde. Se analiza en este sentido la utilidad de la utilización del menor para la comisión de delitos que comporta para las bandas criminales y los factores de riesgo relativos a la integración del menor a estas bandas. Así, la protección del menor ante su utilización para la comisión de delitos, va a ser diferente, cuando este es considerado como sujeto directo del delito; como cuando es considerado como víctima de este, poseyendo en este caso la misma tutela jurídica que la del adulto mayor de edad.

PALABRAS CLAVE. Delincuencia organizada, bandas criminales, delincuencia juvenil, menor infractor, uso de menores.

Utilization of Children by Criminal Gangs in the Commission of Crimes

Cristina Serna García

Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

ABSTRACT. The utilization of children by criminal gangs for the commission of crimes entails a difficult situation to detect for the eyes of the daily passerby, for those who are not avid observers, or for those who simply are not at the epicenter of conflicts of violence or drug trafficking, where the harsh reality is devastating. In this sense, it is only possible to speak of estimates, there being at least 30,000 minors participating in criminal activities organized by criminal gangs in Latin American countries such as Mexico; or up to 300,000 minors involved in armed conflicts around the world .

The utilization of these minors as messengers, soldiers, bodyguards or as executors of acts of hired assassination, results in serious violations of the rights of children, which leads to the study of what will happen with this child after it has been used, which is going to be its criminal responsibility and what is the corresponding legal protection established by the Spanish criminal legislation that corresponds to it. In this sense, this paper analyses the utilization of minors by criminal gangs in the commission of crimes and the risk factors related to the minor's integration in these bands. Thus, the legal protection of the child before when used for the commission of crimes will be different, when it is considered as a direct subject of the crime; as when it is considered as a victim, possessing in this case the same legal protection as that of the adult of legal age.

KEY WORDS. Organized crime, criminal gangs, juvenile delinquency, juvenile offender, use of minors.

Índice

1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. FENOMENOLOGÍA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.....	10
2.1. Tipos de bandas y casuística. Bandas juveniles o <i>gangs</i>	12
2.2. ¿Existen bandas juveniles en España?	14
3. DERECHO INTERNACIONAL.....	15
3.1. Reglas de Beijing de 1985	15
3.2. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 16	
3.3. Directrices de Riad.....	18
3.4. Convención de Palermo y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños	19
3.5. Dictamen del Consejo de Europa (2006/C 110/13)	20
4. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	21
4.1. ¿Quién es menor?.....	21
4.2. Imputabilidad del menor	22
4.3. Problema del límite de edad (inimputabilidad)	23
5. LA UTILIZACIÓN DE MENORES PARA LA COMISIÓN DE DELITOS	25
5.1. Menor como víctima del delito vs. Menor como sujeto activo del delito.....	25
5.2. Utilización del menor infractor, responsabilidad penal y autoría y participación 26	
5.3. Utilización del menor como víctima del delito y protección en el ámbito penal español	30
5.3.1. Delito de prostitución de menores	32
5.3.2. Delito de pornografía infantil.....	33
5.3.3. Utilización para la mendicidad	34
5.3.4. Presencia de otros supuestos agravados relativos a la utilización de menores para la comisión de delitos en la legislación penal española.....	35

6.	<i>LA UTILIZACIÓN DE MENORES PARA LA COMISIÓN DE DELITOS POR BANDAS CRIMINALES</i>	37
6.1.	Definición de utilización	37
6.2.	Concepto de banda organizada	38
6.3.1.	<i>Mara salvatrucha (MS13)</i>	40
6.3.2.	<i>Mafia rumana</i>	41
6.3.3.	<i>Los Zetas</i>	42
6.3.4.	<i>Las bandas de los Cape Flats</i>	43
6.3.5.	<i>Niños soldado</i>	43
6.4.	Utilidad de la utilización del menor para la comisión de delitos.....	44
6.5.	Factores de riesgo y circunstancias relativas a la integración del menor a la banda criminal.....	46
6.6.	Inexistencia de la figura de delito del uso de menores para la comisión de delitos en el marco penal español. Derecho comparado.	49
6.6.1.	<i>Legislación penal española</i>	49
6.6.2.	<i>Legislación penal colombiana</i>	50
6.6.3.	<i>Legislación penal peruana</i>	51
6.7.	Reflexiones u Orientaciones de Política Criminal	52
6.7.1.	<i>Necesidad de existencia de un subtipo agravado de delito en el ordenamiento penal español relativo al uso de menores para la comisión de delitos por bandas criminales</i>	52
6.7.2.	<i>Prevención social</i>	53
6.7.3.	<i>Posibilidad de pérdida de la patria potestad</i>	53
6.7.4.	<i>Política criminal frente a la delincuencia organizada</i>	54
6.7.5.	<i>Disminución del límite de edad</i>	54
7.	<i>CONCLUSIONES</i>	56
8.	<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	59

Listado de abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
CNUDN	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño
CP	Código Penal
LORPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

La utilización de menores para la comisión de delitos por bandas criminales comporta una situación difícil de detectar para los ojos del transeúnte cotidiano de las grandes ciudades, para aquellos poco ávidos observadores, o que simplemente no se encuentran en el epicentro de conflictos de violencia o narcotráfico, donde la cruda realidad es devastadora. En este sentido, tan solo es posible hablar de estimaciones, siendo más de 150 los menores que cometen delitos de hurto o robos para mafias en las calles de Madrid¹; existiendo como mínimo unos 30.000 menores de edad que participan en actividades delictivas organizadas por bandas criminales en países de América Latina como México² o hasta alrededor de 300.000 que participan en conflictos armados en todo el mundo³.

Se pretende de este modo llevar a cabo un estudio sobre lo que ocurre con el menor de edad que está siendo utilizado por una banda criminal u organizada, teniendo en mente la diferenciación existente, a veces confusa, entre aquel menor de edad víctima del hecho delictivo, del menor como sujeto activo del delito o menor infractor. En esta línea, mientras el ordenamiento jurídico español prevé para el primero la misma tutela penal respecto del adulto mayor de edad; el segundo, el menor infractor, va a ser responsable penalmente bajo la LORPM. Con esto en mente, se estudia el fenómeno de la delincuencia juvenil, como los diferentes tipos de bandas existentes; para luego conocer cuál es la protección jurídica que tutela al menor a nivel internacional, pues son diversas las Convenciones internacionales que han legislado sobre la cuestión de la utilización menores ante el cada vez más extendido fenómeno de la delincuencia organizada, con mayor o menor éxito.

¹ “Unos 150 menores roban a diario en pleno centro de Madrid”, *20 Minutos*, 17 de diciembre de 2017 (disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/3214777/0/robos-menores-centro-madrid/>; última consulta 12/6/18).

² “Violencia, niñez y crimen organizado”, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2015, p. 71 (disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencianinez2016.pdf>; última consulta 12/6/18).

³ “Guía del protocolo facultativo sobre la participación de niños y niñas en los conflictos armados”, *Unicef*, 2004 (disponible en <https://www.unicef.org/spanish/publications/files/SPANISHnw.pdf>; última consulta 12/6/18).

Antes de pasar a conocer la tutela que protege al menor por la legislación penal española, va a ser también necesario establecer cuál es la responsabilidad penal de este en el ordenamiento jurídico español, determinando su imputabilidad, cuestión de gran relevancia por la utilidad que conlleva la utilización de inimputables por las bandas criminales. Así, la protección del menor ante su utilización para la comisión de delitos, va a ser diferente, cuando este es considerado como autor directo del delito, y por tanto, es responsable penalmente bajo la LORPM; como cuando es víctima del delito y para lo que el legislador ha establecido, por una parte, tipos agravados de delitos comunes, como por otra, unos delitos especialmente pensados para su protección, como son el delito de prostitución de menores, el de pornografía infantil y el de utilización para la mendicidad.

En la utilización de menores para la comisión de delitos por bandas criminales se va a encontrar por tanto una situación en la que el menor es dos veces víctima: una cuando la organización criminal no permite que el menor se desarrolle normalmente, física y psicológicamente; y una segunda vez al ser estos forzados a cometer delitos por los que serán juzgados, con bajas probabilidades de salir de tal carrera criminal. De este modo, el menor presenta una gran utilidad para estas bandas, poseyendo todavía estos una voluntad voluble y manipulable que eleva las posibilidades tendentes a la integración a la banda. Por ello, es necesario presentar en último lugar unas reflexiones, entre otras, sobre la necesidad o no de un subtipo agravado de delito en el ordenamiento penal español relativo al uso de menores para la comisión de delitos por bandas criminales; sobre la prevención social, debido a que esta siempre demuestra tener resultados a largo plazo y que no toda solución se encuentra en el endurecimiento del Derecho Penal; como también sobre la política criminal a desarrollar frente a la delincuencia organizada, con el objetivo de buscar una mayor uniformidad de leyes y prácticas de los Estados, puesto que si la delincuencia es transnacional y atraviesa fronteras, lo mismo ha de hacer la ley.

Para la realización del trabajo la metodología a seguir ha consistido en una revisión de literatura, compuesta por la lectura de fuentes bibliográficas como son las revistas jurídicas relativas al tema en cuestión, la búsqueda de jurisprudencia, de doctrina en obras científicas, análisis de la legislación vigente y, en menor medida, pero también proveyendo cierta utilidad, la lectura de artículos de prensa para adquirir un conocimiento general del fenómeno. De esta manera, el trabajo se presenta en siete capítulos

diferenciados, el primero de ellos, la *Introducción*, el segundo presenta la *Fenomenología de la delincuencia juvenil*; el tercero, el *Derecho internacional*; el cuarto, la *Responsabilidad penal del menor en el ordenamiento jurídico español*; el quinto, *La utilización de menores para la comisión de delitos*; el sexto, *La utilización de menores para la comisión de delitos por bandas criminales*; el séptimo las *Conclusiones*, y por último, un octavo capítulo compuesto por la *Bibliografía*.

2. FENOMENOLOGÍA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

Si lo que entendemos por delincuencia es un “fenómeno individual y socio-político, afectante a toda la sociedad o a una parte importante de la misma, cuya prevención, control y tratamiento necesita de la cooperación de la comunidad al mismo tiempo que un adecuado sistema penal”⁴, la delincuencia juvenil será aquello relacionado “con la edad que va de la niñez a la edad madura”⁵. Más específicamente, la delincuencia juvenil se viene entendiendo como la llevada a cabo por personas que, aun no alcanzando la edad madura, han cumplido la mayoría de edad establecida por el régimen de cada país.⁶

Si pasamos a examinar el volumen de este tipo de delincuencia, la delincuencia juvenil media de los Estados miembros de la UE es de aproximadamente un 15% de la delincuencia general total, no obstante, en algunos países puede llegar a alcanzar un 22%.⁷ Se ha de tener en cuenta en este sentido que la cifra de la delincuencia juvenil existente siempre va a ser aproximada debido a que el número de actos delictivos no llegará en su totalidad al conocimiento de las “instancias de control social formal”, esto es, los tribunales y la policía. Esto se debe a que las acciones delictivas suelen ser, en su mayoría, leves; y a que las víctimas, menores de edad, no se encuentran familiarizadas con el acceso de las instituciones de control social formal.⁸

A pesar de los comunicados alarmantes que recibe la ciudadanía diariamente por parte de los medios de comunicación, se aprecia una desaceleración generalizada en el volumen de delincuencia juvenil desde los últimos años del presente siglo respecto a los últimos años de la década de los noventa y los primeros del siglo XXI.⁹

⁴ López-Rey Arrojo, M., *Criminología. Criminalidad y planificación de la política criminal*, Aguilar, Madrid, 1978, pp. 10-11 y 21-38.

⁵ Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte general y especial*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 402.

⁶ *Criminología. Parte general y especial*, cit. p. 402.

⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea”, de 9 de mayo de 2006, p. 76 (2006/C110/13; disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006IE0414&from=ES> ; última consulta 12/4/18).

⁸ Dictamen 2006/C110/13, cit. p. 76.

⁹ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 413.

El fenómeno de la delincuencia juvenil es distinto a la criminalidad adulta debido a múltiples peculiaridades. En particular, se pueden distinguir tres formas de aparición de este tipo de delincuencia: las “conductas de ocasión”, las cuales afectan a un 80 por ciento de los jóvenes con problemas ante la justicia; las “conductas de desviación”, más graves que las anteriores y que afectan a un 10 por ciento de estos adolescentes delincuentes; y las “conductas de condición”, las cuales se producen cuando el joven acepta su modo de vida y alcanza a algo más a un uno por ciento de los jóvenes con conductas antisociales.¹⁰

Este fenómeno delictual, calificado por diversos estudiosos como “frecuente, objetivamente grave”, precoz según sus sujetos activos, brusco e imprevisible¹¹, suele tener como figuras delictivas más graves: “homicidio, fraude, delito sexual, tráfico de droga, robo grave, agresión a personas, desórdenes públicos, robo de vehículos, robo con intimidación, robo con fuerza o efracción, hurto, vandalismo, robo con escalo”.¹² Asimismo, es de destacar la destacada intervención en la comisión de estos delitos por parte del varón. La mujer, aunque también incurre en delitos, lo hace de una forma más escasa y varía significativamente en función del delito que se trate: mientras que en el hurto su participación es muy alta, apenas existen casos de su participación en agresiones sexuales.¹³

No obstante, se ha de hacer referencia a formas alternativas de la delincuencia juvenil, pues hasta ahora se ha mostrado la fenomenología de delincuencia juvenil más habitual. En este sentido, se encuentran las figuras relacionadas con el tráfico ilícito de armas y de personas. Para la comisión de estos delitos, es muy común que los menores delincuentes se vean involucrados en grupos organizados por mayores de edad que los utilizan para llevar a cabo ciertas actividades (por ejemplo, de mensajería o transporte de mercancías) para las que, por razones de edad y consecuentemente, menor sanción, resultan ser muy valiosos para dichas bandas organizadas.¹⁴

¹⁰ *Criminología. Parte general y especial*, cit. 415.

¹¹ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 417.

¹² *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 415.

¹³ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 417.

¹⁴ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 419.

2.1. Tipos de bandas y casuística. Bandas juveniles o gangs

Siendo cierto que en la delincuencia juvenil intervienen sujetos que forman grupos esporádicos o actúan aisladamente, es frecuente que un grupo de jóvenes, sujetos activos del delito, conformen una banda juvenil o *gang*. Así lo confirman estudiosos como SHAW y MCKAY, observando que aproximadamente un 90 por ciento de los delinquentes adolescentes tenían cómplices¹⁵; o tal como muestra una investigación realizada por THORNBERRY *et al.*, la cual explica que los jóvenes integrantes de bandas juveniles delinquen en mayor proporción que aquellos que no son integrantes de ninguna banda.¹⁶

La problemática se encuentra en muchas ocasiones en determinar cuándo nos encontramos ante una banda juvenil, pues no existe una definición consensuada. No obstante, puede entenderse como banda juvenil:

a aquel grupo de jóvenes unidos de forma permanente por mutuos intereses con las siguiente características: un nombre y una simbología que haga reconocible a la banda, un líder identificable, un territorio geográfico bajo su control, un lugar de reunión regular, e implicación en actividades delictivas.¹⁷

Teniendo en cuenta esta definición, se pueden encontrar tres clases diferentes de bandas: las “bandas conflictivas”, las cuales tienen como característica principal la violencia física en grupo y donde se encuentran grupos como los *skinhead*; las “bandas criminales”, que tienen como figuras delictivas más destacadas el robo y el tráfico o comercio ilícito de distintas mercancías, y que frecuentemente se hallan inmersas entre otras organizaciones de mayores; y por último, las “bandas marginales”, las cuales se centran en la reventa de artículos normalmente de segunda mano, donde es habitual el consumo de sustancias estupefacientes ilegales (ejemplo de estos últimos serían los *Hippies*).¹⁸

¹⁵ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 435.

¹⁶ Díaz Martínez, M., Lacruz López, J. M., Luaces Gutiérrez, A. I., Serrano Tárraga, M. D. y Vázquez González, C., *Derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 43.

¹⁷ *Derecho Penal Juvenil*, cit. p. 42.

¹⁸ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. pp. 437-438.

Respecto a la expansión de las bandas juveniles, en Europa, viene sucediendo de un tiempo hasta ahora el reclutamiento continuo por parte de diversas bandas de mayores, de adultos, de miembros de bandas juveniles para el crimen organizado. Así ocurre, por ejemplo, en Irlanda con el Ejército Republicano Irlandés (IRA), en Italia con la mafia siciliana, o en general, en Europa con el aumento del tráfico organizado de estupefacientes entre grupos de jóvenes delincuentes.¹⁹

Por otro lado, a pesar de la existencia de cierta radicalización y violencia, es necesario el elemento de la finalidad delictiva del grupo para ser catalogada como banda juvenil, como ocurre sin duda alguna en grupos latinos, maras o pandillas como los Latin Kings o los Ñetas.²⁰ Además, es importante destacar el que en Europa, y en España, estén proliferando este tipo de bandas en cuanto a su estética y simbología, pero es difícilmente comparable el nivel de violencia, puesto que este es mucho mayor en Centroamérica, “donde las maras son una grave amenaza a la seguridad nacional”.²¹

Así, como ejemplo de las ya mencionadas “bandas conflictivas” existen grupos como los “hooligans”, siendo estos espectadores de un encuentro de fútbol que desarrollan comportamientos incívicos, agresiones físicas o vandalismo; y que además tienen cabida dentro de un grupo²²; como también los “skinhead”, grupos de jóvenes con indumentaria y corte de pelo similares, cuya ideología gira en torno a la xenofobia y al racismo.²³ La explicación a la existencia de estos grupos violentos se encuentra básicamente en la desconexión progresiva que se ha ido dando en el entorno familiar y vecinal, dando lugar a una carencia de valores como son la “solidaridad extragrupal” o la convivencia; así como la crispación social y el negativo futuro laboral de los jóvenes.²⁴

Otros grupos violentos de interés son los conocidos bajo la denominación genérica de “bandas latinas” y que incluye a los llamados “Latin Kings”, “Maras” o “Ñetas”, los cuales se vienen asentando desde hace algún tiempo y preferentemente en territorio

¹⁹ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 440.

²⁰ *Derecho Penal Juvenil*, cit. p. 43.

²¹ *Criminología. Parte general y especial*, cit. p. 439-440.

²² *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 464.

²³ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 467.

²⁴ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 469.

español.²⁵ El origen de estos grupos, caracterizados por el ejercicio de gran violencia, tiene lugar en el período de posguerra de Estados Unidos, que van desarrollando sus causas violentas por el constante menosprecio recibido en la sociedad en la que conviven, debido a problemas de exclusión social e igualdad cultural.²⁶

2.2. ¿Existen bandas juveniles en España?

En el entorno español, es posible afirmar que a pesar de los comportamientos de grave índole que cometen estos grupos de jóvenes, no se puede considerar que la incidencia de estos delitos sea elevada. En este sentido, aunque los fenómenos mencionados han tenido elevada visibilidad por parte de los medios de comunicación, no parecen suponer un peligro alarmante puesto que ni su base financiera parece ser inmensa, así como sus fuentes de propaganda y publicidad; ni tampoco parece que vaya a darse un incremento respecto al número de integrantes próximamente.²⁷

Es por ello que se ha de desmitificar la aparente peligrosidad de estas bandas, pues no llevan a cabo la violencia que sí desarrollan en sus países de origen. No es posible hablar de grandes criminales puesto que la mayoría de estos adolescentes o jóvenes, a pesar de pertenecer a algún grupo juvenil, no delinquen de una manera destacada.²⁸

Así pues, es posible concluir en este aspecto que, no obstante la alarma social generada por los medios de comunicación ante la cantidad de noticias sobre el abundante número de bandas juveniles, no existen ni se han realizado verdaderos estudios empíricos que señalen el número de bandas juveniles en España, o su tasa de criminalidad, entre otros.²⁹

²⁵ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 474.

²⁶ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. p. 475.

²⁷ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. pp. 472-473.

²⁸ *Criminología. Parte General y Especial*, cit. pp. 478-480.

²⁹ *Derecho Penal Juvenil*, cit. pp. 54-55.

3. DERECHO INTERNACIONAL

Debido a la importancia que posee la tutela del menor frente a los fenómenos de delincuencia organizada, cada vez más extendidos³⁰, surge la necesidad de establecer marcos de política criminal efectivos que erradiquen la utilización del menor por parte de bandas criminales para así asegurar al niño una infancia normal, así como un futuro alentador.

Para ello, se expone a continuación legislación tanto internacional como regional a considerar, específicamente: las Reglas de Beijing de 1985, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, las Directrices de Riad, la Convención de Palermo y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños aprobada en el año 2000; y las recomendaciones del Consejo de Europa de 2006.

3.1. Reglas de Beijing de 1985

Las Reglas de Beijing o Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de menores, fueron aprobadas en la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985. Como principios generales, se establece que la justicia de menores se debe concebir como “parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país”, de manera que “contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad”.³¹

Asimismo, se establece la definición de menor y de menor delincuente, siendo considerado como menor “todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”; y menor

³⁰ Tan solo en 2010, UNICEF estimó que entre 10.000 y 13.000 niños participaron durante ese año en bandas armadas en Colombia. United States Department of State. Country Reports on Human Rights Practices for 2011, 2011, pp. 19 (disponible en <https://www.state.gov/documents/organization/186712.pdf>; última consulta 26/5/18).

³¹ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, de 29 de noviembre de 1985, Principio 1º (disponible en <https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>; última consulta 12/4/18).

delincuente a “todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito”.

Otra regla a destacar que se acordó por las Naciones Unidas fue la regla 13^a relativa a la prisión preventiva, la cual incide en la importancia de medidas sustitutorias ante esta. Se habla en este sentido de que el menor corre un riesgo ante posibles “influencias corruptoras” mientras esté en un centro internado, y que por tanto, esta medida debe aplicarse “como último recurso”.³²

3.2. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CNUDN), adoptada en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas³³ establece en su artículo primero la definición de niño a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”³⁴. Más tarde, la Convención destaca en su artículo tercero el interés superior del niño, el cual instituciones públicas o privadas, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos deben considerar fundamentalmente.

La Convención, en su artículo noveno pone de relieve la importancia que tiene la familia en tanto en cuanto es un derecho del niño vivir con su padre y madre, y es obligación del Estado velar porque el niño no sea separado de estos a excepción de que sea necesario en atención al interés superior del menor. Esta excepción es de gran importancia en el caso de niños cuyos familiares pertenecen a bandas criminales organizadas. En este sentido, parece que “el alejamiento de la familia mafiosa de origen” podría suponer una solución siempre que esta medida sea llevada a cabo de manera atenta y estudiando el caso en particular.³⁵

³² Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, cit. Principio 13°.

³³ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE 31 de diciembre de 1990; disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1990/12/31/pdfs/A38897-38904.pdf> ; última consulta el 12/4/18).

³⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, cit. p. 38897.

³⁵ Fumarulo, S., “Menores y delincuencia organizada” en Buscaglia, E. y Roemer, A. (ed.), *Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de Derecho y Economía*, Universidad Nacional Autónoma de

Habla el artículo 32 de la Convención sobre la obligación de los Estados a proteger al niño contra la explotación económica y cualquier otro trabajo nocivo para su salud o desarrollo. En este sentido, encontramos diversidad de ejemplos en que esta explotación ocurre; ocasiones en las que el menor, en un contexto familiar mafioso, se ve directamente involucrado en las actividades como son el transporte de armas de fuego, el control discreto del territorio, el apoyo a un fugitivo, o el involucramiento directo del menor en los grupos de fuego.³⁶ El abandono escolar, en estos casos, termina siendo inevitable cuando es “apoyado” por familiares.³⁷

Otro precepto que fija la Convención y del que se puede resaltar su utilidad para la lucha contra la utilización de los menores en las bandas criminales organizadas es el del artículo 33. Dicho artículo obliga al Estado a adoptar todas las medidas adecuadas para proteger al menor contra el uso ilícito de estupefacientes e impedir que se utilice a este en su producción y tráfico ilícito.

Es de destacar el artículo 38 de la Convención, por el que los Estados se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para que ningún menor de 15 años participe directamente en las hostilidades. Desde la entrada en vigor del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados en 2002, los Estados Partes se comprometen a que “ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de dieciocho años participe directamente en hostilidades”.³⁸

Además, dicho Protocolo Facultativo, va más allá estableciendo en su art. 4.2 la adopción por parte de los Estados Partes de “todas las medidas posibles para impedir ese

México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2006, pp. 157-158 (disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2199/13.pdf>; última consulta 10/4/18).

³⁶ “Menores y delincuencia organizada”, cit. pp. 158-159

³⁷ “Menores y delincuencia organizada”, cit. pp. 158

³⁸ Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, de 25 de mayo de 2000, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, p. 38901 (BOE 17 de abril de 2002; <https://www.boe.es/boe/dias/2002/04/17/pdfs/A14494-14497.pdf>; última consulta el 4/4/18).

reclutamiento y utilización”, incluidas las de prohibición y castigo de las prácticas llevadas a cabo.

La Convención, por otra parte, se encarga también en su artículo 39 de establecer como obligación del Estado la adopción de medidas apropiadas para la recuperación física y psicológica de niños que han sido víctimas de “cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados.”³⁹ Así lo confirma el Protocolo Facultativo al nombrar en su artículo 7.1 la rehabilitación y reintegración social de las personas víctimas de actos contrarios al Protocolo, mediante la asistencia financiera y cooperación técnica como obligación de los Estados Partes.

3.3. Directrices de Riad

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o Directrices de Riad, fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.⁴⁰ En estas se establecen principios centrados en la importancia de reconocer la necesidad y creación de una política progresiva de prevención de la delincuencia en jóvenes.

En las Directrices vuelve a mencionarse el rol fundamental y socializador que posee la familia en torno al niño, debiendo los gobiernos “desalentar la separación de los hijos de sus padres, salvo cuando circunstancias que afecten al bienestar y al futuro de los hijo no dejen otra opción viable”.⁴¹ Por ello, se deberá recurrir a otras medidas de colocación familiar, separando al menor de su familia directa, siempre y cuando “no exista un ambiente de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres [...] hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función”.⁴²

³⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, cit. p. 38901.

⁴⁰ Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, de 14 de diciembre de 1990, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 (disponible en <https://www.cidh.oas.org/privadas/directricesderiad.htm> ; última consulta 6/4/18).

⁴¹ Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, cit. directriz 17.

⁴² Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, cit. directriz 14.

Tal y como se menciona anteriormente en las Reglas de Beijing, la Directriz 46^a de Riad hace hincapié en que la reclusión de los jóvenes en instituciones se utilice como último recurso. Asimismo, la colaboración y coordinación de los órganos, institutos y organismos competentes de las Naciones Unidas debe ser alentada para que los planes de prevención de la delincuencia juvenil puedan resultar eficaces.⁴³

3.4. Convención de Palermo y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, específicamente, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, aprobada por la resolución 55/25 de la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000, conforma un fortalecimiento de los Estados por cooperar internacionalmente en la lucha de la delincuencia organizada.

La Convención como su Protocolo se ha visto como una ocasión desperdiciada al no tratar en ningún punto de su articulado la criminalización de la utilización de menores, indirecta o directa, por grupos de delincuencia organizada; ni la circunstancia agravante para el delito de participación en estos grupos delictivos.⁴⁴ Habría sido lo correcto introducir esta realidad presente en muchos países de hoy en día puesto que se habría dado una implementación de estas normas en cada sistema criminal nacional, llevando a resultados decisivos para el caso de aquellos países donde la delincuencia organizada tiene sus niveles más altos; mientras que en el resto de países habría constituido una circunstancia agravante en cada sistema criminal propio relacionada directamente con la delincuencia organizada.⁴⁵

⁴³ Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, cit. directrices 64 y 65.

⁴⁴ “Menores y delincuencia organizada”, cit. p. 161.

⁴⁵ “Menores y delincuencia organizada”, cit. p. 161.

3.5. Dictamen del Consejo de Europa (2006/C 110/13)

Son interesantes las recomendaciones que el Consejo de Europa sobre delincuencia juvenil lleva haciendo durante las últimas tres décadas. En este aspecto, interesa tener en cuenta el dictamen del Comité Económico y Social Europea sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea” de 15 de marzo de 2006⁴⁶.

En este dictamen, el Consejo de Europa admite que se han de cambiar los modelos clásicos de justicia juvenil hasta ahora implementados, puesto que estos son “lentos, ineficaces y económicamente ineficientes”⁴⁷. El Consejo de Europa aboga por un modelo de responsabilidad que incida en la prevención por encima de la represión, por prácticas de intervención educativa en centros o en la comunidad y la integración sociolaboral, aspecto este último importante para la estabilidad económica y social futura del menor delincuente⁴⁸.

Para terminar, el Consejo incide en la conveniencia de una progresiva homogeneización de los modelos y sistemas de prevención, protección e intervención juveniles en el ámbito comunitario. En definitiva, una política comunitaria que permita conocer mediante datos cuantitativos a qué se enfrenta la UE y cuál es la verdadera magnitud del problema de la delincuencia juvenil; así como unos estándares comunes a todos los países de la UE que partan de las normas de derecho internacional ya fijadas en la Convención sobre los Derechos del Niño, en las Reglas de Beijing de 1985 y las Directrices de Riad de 1990, entre otras⁴⁹.

⁴⁶ Dictamen 2006/C110/13, cit. pp. 75-82

⁴⁷ Dictamen 2006/C110/13, cit. p. 78

⁴⁸ Dictamen 2006/C110/13, cit. pp. 77-78

⁴⁹ Dictamen 2006/C110/13, cit. p. 81

4. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

4.1.¿Quién es menor?

Una vez establecido a quién se le considera como menor dentro del marco internacional, como se ha expuesto anteriormente en el apartado de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y también según las Reglas de Beijing o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, se debe pasar a considerar la legislación penal española, por la cual podemos distinguir el Código Penal (CP) y la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM).

En concreto, la minoría de edad determinada por la legislación española y la del ámbito internacional coinciden, puesto que por una parte, la citada Convención sobre los Derechos del Niño entiende como menor a todo aquel niño menor de 18 de años de edad; y por otra parte, el CP establece en su artículo 19 como menor a todo aquel individuo menor de dieciocho años, eximiendo su responsabilidad criminal bajo dicho Código y relegando la tipificación de su responsabilidad a la “ley que regule la responsabilidad penal del menor”, esto es, la Ley Orgánica reguladora sobre la responsabilidad penal de los menores (LORPM). Dicha Ley Orgánica (LO), en su artículo primero, exige “responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales”.

Este término, “menor”, sigue siendo utilizado tal y como dicta la legislación en la jurisprudencia, siendo ejemplo de ello diversas sentencias como la del Tribunal Supremo núm. 311/2009, de 27 de febrero⁵⁰ o la STS núm. 632/2009 de 15 de junio⁵¹.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2009 (RJ\2009\1544).

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2009 (RJ\2009\4908).

4.2. Imputabilidad del menor

La imputabilidad se presenta como uno de los elementos integrantes de la culpabilidad⁵² que la doctrina hoy día entiende “como la posibilidad de conocer el sentido de los mandatos y prohibiciones del derecho y de actuar conforme a esa comprensión”⁵³ o como “el conjunto de las facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico”⁵⁴. Se considera que los menores carecen de este conjunto de facultades, por lo que se les considera exentos de responsabilidad conforme a la legislación penal de adultos; lo cual no quiere decir que no sean responsables penalmente bajo la legislación específicamente prevista para ellos, en este caso, la LORPM.

En esta línea, la imputabilidad bajo la LORPM comienza según su art. 1.1 a los catorce años de edad, edad antes de la cual el menor es considerado como no responsable penalmente, inimputable, presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario. La exención de responsabilidad del menor de edad se fundamenta por un criterio biológico-criminológico, este es el de la fecha de nacimiento, y no en el de discernimiento, como se establecía en códigos penales anteriores (CP de 1822, CP de 1848) hasta el CP de 1928 donde se sustituye este criterio de discernimiento por la fórmula biológica usada en la actualidad.⁵⁵

Por tanto, mientras los menores de 14 años de edad son inimputables, aquellos de entre 14 y 18 años sí son responsables penales de acuerdo con la LORPM, la cual impone en su exposición de motivos medidas preventivo-especiales, y no represivas, a los infractores penales en lugar de penas, como se establece en el Código Penal español.⁵⁶

⁵² Ormosa Fernández, M. R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su reglamento, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 4.

⁵³ Quintero Olivares, G., *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Cedecs, Barcelona, 2015, pp. 416-417.

⁵⁴ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 397

⁵⁵ Tasende Calvo, J. J., “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad” en Martín López, M. T. (coord.), *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, cit. pp. 169-170

⁵⁶ LORPM, cit. p. 2.

4.3. Problema del límite de edad (inimputabilidad)

Se ha de prestar especial atención a la regla 4.4.^a de las Reglas de Beijing, la cual señala que el comienzo de la mayoría de edad penal “no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual”.

Así, en el derecho comparado entre los países de la Unión Europea (UE), mientras el límite máximo en cuanto al sistema penal de menores es similar (con la posibilidad de extensión a los 21 años en diferentes grados y según el caso concreto en países como Austria, Alemania, Grecia, Italia, Holanda y Portugal), el límite mínimo varía desde los 7 hasta los 16 años quedando así:

En los 7 años lo sitúa Irlanda; Escocia y Grecia, en los 8 años; Inglaterra, Gales y Francia en los 10 años; los Países Bajos y Portugal en los 12; Polonia en los 13; Austria, Estonia, Alemania, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Eslovenia y España en los 14; República Checa, Dinamarca, Finlandia, Eslovaquia y Suecia en los 15; y Bélgica en los 16 años.⁵⁷

Puesto que las edades en las que los menores son responsables penalmente varían según el sistema de justicia juvenil de cada país, esto hace difícil analizar la delincuencia juvenil desde un punto de vista regional-europeo.⁵⁸

Existe a día de hoy un debate doctrinal sobre la oportunidad de rebajar el límite de edad, el cual se hace más llamativo cuando los medios de comunicación difunden delitos graves cometidos por menores de 14 años, no responsables penalmente, extendiendo la idea de no se interviene de forma efectiva, de que no ocurre “nada”.⁵⁹ En este sentido, no existen conclusiones definitivas que puedan concretar el momento a partir del cual las capacidades de comprensión y dirección se encuentran desarrolladas completamente por la persona, por lo que la cuestión del límite inferior es un tema sin duda controvertido, coincidiendo la doctrina en que esta oscila entre los 12 y 16 años de edad⁶⁰.

⁵⁷ “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea”, cit. p. 75.

⁵⁸ Dictamen 2006/C110/13, cit. p. 75.

⁵⁹ Colás Turégano, A., *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2011, p. 125.

⁶⁰ Cruz Márquez, B., *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2006, p. 74.

Los menores de 14 años según se deriva de la LORPM, “están fuera del Derecho penal”⁶¹. Este establecimiento de un límite por debajo del cual el menor es inimputable, y esta carencia de responsabilidad penal tiene como causa valoraciones de política criminal, puesto que no se considera conveniente que los menores de, en el caso español, 14 años, entren a tan temprana edad en contacto con las instancias formales de control social⁶². En principio, se consideran la familia y los servicios sociales como agentes suficientes para el control del menor inimputable, cuyo tratamiento jurídico queda previsto en el Código Civil (CC) y en las disposiciones vigentes.⁶³ A su vez, la exclusión del menor como inimputable también puede decirse que se fundamenta en criterios de necesidad de la pena o en la carencia de capacidad de culpabilidad del menor⁶⁴.

El legislador, finalmente, no ha considerado oportuna la rebaja del límite de edad, puesto que entiende como más pertinente la aplicación de un régimen protector del menor, como ya se menciona en el art. 3 de la LORPM y se desarrolla en las normas autonómicas⁶⁵. Así, de cometerse un delito por parte de un menor de catorce años, la LORPM establece en su art. 3 que no se le podrá exigir a este responsabilidad con arreglo a esta Ley, “aplicando lo dispuesto en el Código Civil (CC) y demás disposiciones vigentes”. Además, el mismo artículo expresa que “el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares [...]” para que esta última promueva las medidas de protección adecuadas, las cuales no tienen por qué ser siempre necesarias⁶⁶. Estas medidas dependerán del caso concreto, según la valoración realizada por el Ministerio Fiscal y la gravedad de los hechos.

⁶¹ *Derecho penal juvenil*, cit. p. 335.

⁶² *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, cit. pp. 75-76.

⁶³ Jiménez Díaz, M. J., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 17-19, 2015, p. 10 (disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-19.pdf>; última consulta 12/6/18).

⁶⁴ *Derecho penal juvenil*, cit. p. 335.

⁶⁵ *Derecho penal de menores*, cit. p. 127.

⁶⁶ *Derecho penal de menores*, cit. 177.

5. LA UTILIZACIÓN DE MENORES PARA LA COMISIÓN DE DELITOS

5.1. Menor como víctima del delito vs. Menor como sujeto activo del delito

Previo al análisis en profundidad de los casos de utilización de menores como víctimas para la comisión de delitos y de la responsabilidad del menor infractor y del adulto relativa las formas de autoría y participación, es tarea fundamental distinguir dos problemáticas diferentes, la del menor como víctima del delito, cuya protección se recoge en el Código Penal; y la del menor como sujeto activo del delito o menor infractor, considerándose este como autor de delitos, y que en cuyo caso la actuación a seguir es la prevista en la LORPM.⁶⁷

Para el supuesto del menor como víctima del delito, el ordenamiento jurídico español establece la misma tutela penal para el menor de edad que para la persona adulta.⁶⁸ Esto quiere decir que no existe un Derecho penal especial que proteja al menor, si bien es cierto que el legislador ha decidido determinar una protección reforzada en ciertos casos, lo cual conlleva a que existan supuestos agravados respecto de ciertos delitos comunes; y por otra parte, delitos especiales que tienen como finalidad específica la protección del menor.⁶⁹ Cuando, por lo contrario, el delito es cometido por el menor, la intención es la de exigir una responsabilidad distinta a la del adulto, mediante medidas y no penas, como se prevé en el Código Penal, enumeradas las primeras en el art. 7 de la LORPM.⁷⁰

⁶⁷ Martínez García, C. (coord.), Álvarez Vélez, M. I., Bartolomé Tutor, A., Campoy Cervera, I., Carrillo Márquez, D., Cillero Bruñol, M., Claro Quintáns, I., Corripio Gil-Delgado, M. R., De Couto Gálvez, R. M., Díez Ríaza, S., Gisbert Pomata, M., Gómez Bengoechea, B., Lázaro González, I., López Álvarez, M. J., Molina Blázquez, C., De Montalvo JäÅskeläinen, F., Perazzo Aragoneses, C., Rey Pérez, J. L., Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M., Sáez de Santamaría Gómez-Mampaso, B., y Serrano Molina, A., *El tratado del menor*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 464.

⁶⁸ *El tratado del menor*, cit. p. 464.

⁶⁹ *El tratado del menor*, cit. p. 464.

⁷⁰ *El tratado del menor*, cit. pp. 549, 551.

5.2. Utilización del menor infractor, responsabilidad penal y autoría y participación

En ocasiones ocurre que, el menor, ejecutor material del delito, pese haber cometido un tipo por el que en un primer momento sería responsable penalmente de acuerdo con la LORPM como autor directo, no se le considera como autor bajo concepto alguno, puesto que ha actuado, una vez examinado el caso y las circunstancias concretas, sin voluntad y conocimiento.⁷¹ Es por ello preciso proceder a un breve estudio relativo a la distinción entre las formas autoría y participación, cuestión fundamental a la hora de conocer la responsabilidad del menor infractor cuando es utilizado por adultos para la comisión de delitos.

En términos generales, siendo considerada la participación como accesoria y la autoría como principal⁷², se ha de examinar en primer lugar la autoría directa, presente en el primer párrafo del art. 28 CP. Este tipo de autoría la caracteriza el dominio de la acción por el sujeto, el cual no supone problema especial alguno respecto al tema de estudio, esto es, cuando el sujeto autor del delito es menor de edad.⁷³ En este caso, no se da ninguna confusión y en todo caso, al menor se le aplica una eximente por ser menor de edad, por lo que no responde criminalmente por su conducta pero sí a través de la LORPM.⁷⁴

En cuanto a la coautoría, prevista también en el primer párrafo del art. 28 CP, esta implica la existencia de un acuerdo de voluntades previo o común, por lo que el dominio del hecho es funcional.⁷⁵ Más allá, se requiere una contribución objetiva a la realización del hecho delictivo, por lo que normalmente, se da el “principio de imputación recíproca”, y todos los coautores van a responder por el exceso de cualquiera del resto de coautores (véase la SAP Soria, de 28 de mayo de 2015⁷⁶).

⁷¹ “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 178.

⁷² “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 173.

⁷³ “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 174.

⁷⁴ “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 174.

⁷⁵ Roxin, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, trad. Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J. L., Madrid, 2016, p. 103.

⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 28 de mayo 44/2015 (JUR 2015\169216).

En este sentido, la comisión de delitos por parte de menores como coautores no implica ningún inconveniente; como tampoco se daría problema alguno para el caso de codelinuencia con otros adultos (véase la SAP de Teruel de 25 de junio de 1997⁷⁷, por la que se condena a un adulto y a un menor como coautores en la comisión conjunta de un delito de robo con fuerza en las cosas); siempre y cuando el menor realice el hecho “en pie de igualdad y con idéntico poder decisorio”, y que además su voluntad no se vea influida por los casos de autoría mediata o inducción, supuestos que se explican más adelante.⁷⁸

Esto último, esto es, el caso de coautoría entre mayores y menores de edad conjuntamente, es en la práctica un asunto de carácter conflictivo debido a la gran frecuencia por la que los menores son utilizados por adultos para la comisión de delitos⁷⁹, y ante la complejidad que puede derivarse ante la apertura de dos procedimientos, ante dos jurisdicciones diferentes (ejemplo de ello es la SAP Álava de 10 de junio de 2009⁸⁰).⁸¹

De esta manera, se hace necesario explicar los supuestos de la autoría mediata e inducción, puesto que conllevan consecuencias diferentes para el menor. En primer lugar, la autoría mediata tiene como característica fundamental el dominio de la voluntad de otro.⁸² En este caso, el autor no es el que lleva a cabo la acción de forma directa y personal, sino que se sirve de otra persona, el autor material del delito, que no suele ser responsable y que actúa como instrumento para el autor mediato.⁸³ En este sentido, existen numerosos ejemplos de adultos que se sirven de menores para la comisión de delitos, que tradicionalmente se habían considerado como supuestos de autoría mediata según la presunción de inimputabilidad de los sistemas tutelares y el ordenamiento de la LTTM y el CP de 1944⁸⁴. Sin embargo, la doctrina criticó este parecer manifestando que solo se debe considerar autoría mediata en el supuesto que se actúe sobre:

⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 25 de junio 13/1997 (ARP 1997\1183)

⁷⁸ “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 176.

⁷⁹ *Derecho penal de menores*, cit. 196.

⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de julio 238/2015 (ARP 2015\1007).

⁸¹ *Derecho penal de menores*, p. 196.

⁸² “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 176.

⁸³ “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 176

⁸⁴ *Derecho penal de menores*, cit. 198.

“personas incapaces de **comprender** del todo el sentido de la acción de la conducta (no meramente inimputables); o cuando se ejerza sobre el ejecutor material una **violencia** que le coloque en situación de inteligibilidad (una vis absoluta convertiría a quien la ejerce en autor inmediato, mientras que una violencia inferior a la descrita en el texto le calificaría de inductor) o cuando se le haga obrar bajo una **amenaza** que haga excusable su comportamiento antinormativo; o finalmente cuando **mediante** engaño, se le haga actuar desconociendo el sentido lesivo de lo que hace”.⁸⁵

Por ello, si el menor actúa voluntaria y libremente, sin presiones por parte del adulto, estaremos ante un supuesto de autoría directa y el adulto será considerado como partícipe en calidad de inductor. Si, por otra parte, se concluye que el menor ha actuado sin comprender el hecho y/o de forma no voluntaria, estaremos ante un caso de autoría mediata y el menor no podrá ser considerado como responsable del hecho⁸⁶.

Merece también especial mención otro supuesto de autoría mediata, aquel por el que el autor inmediato ejecuta órdenes dentro de “un aparato organizado de poder”, puesto que a pesar de ser dicho autor responsable; el autor mediato, que da la orden, posee el poder de reemplazar al sujeto que utiliza como instrumento, por lo que puede concluirse que posee completo dominio sobre este.⁸⁷ No obstante, el límite entre la autoría mediata y la inducción es en ocasiones difuso, puesto que es complejo determinar dicha autoría en los casos de la utilización de inimputables o de sujetos no culpables, todo debido a que a veces este tiene el dominio del delito a realizar.⁸⁸ De este modo, ocurre que en la utilización de menores para la comisión de delitos, el autor mediato se aprovecha del estado de inimputabilidad en el que se encuentra el menor de edad y no lo causa, como ocurre en otras situaciones, como son las derivadas del consumo de sustancias estupefacientes.⁸⁹

Desde hace algún tiempo, la jurisprudencia ha pasado a aplicar una figura considerada como delito autónomo desde la reforma de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre⁹⁰, por la que se sanciona de forma agravada el tráfico de drogas o sustancias estupefacientes cuando el hecho sea realizado “mediante menores de dieciséis años o utilizándolos”

⁸⁵ Vives Antón, T. S., “Comentarios al Código Penal de 1995”, vol. I, Valencia, 1996, pp. 282-283.

⁸⁶ *Derecho penal de menores*, cit. 198.

⁸⁷ “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 177.

⁸⁸ “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 177.

⁸⁹ “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 178.

⁹⁰ Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas (BOE 24 de diciembre de 1992)

(véase la STS 541/2004 de 30 de abril⁹¹, por la que el acusado utiliza a su hijo menor de dieciséis años al ocultar el condenado droga en la mochila escolar de su hijo menor de edad).⁹² No obstante, dicha sanción ha vuelto a ser modificada y a día de hoy, la pena relativa al delito de tráfico de drogas o estupefacientes es agravada cuando “se utilice a menores de 18 años [...] para cometer estos delitos”⁹³, la cual se encuentra en el art. 370.1º CP.

Ejemplo de la aplicación de la modalidad de autoría mediata aplicada por la jurisprudencia es la STS de 4 de marzo de 1996⁹⁴ y la STS de 12 de julio de 1982⁹⁵, por las que en la primera de ellas, el progenitor, padre, oculta droga en los pañales de su hijo de 2 años; y en la segunda, la autora se vale de la falsificación de unas firmas que realiza una amiga menor de edad para conseguir unas recetas médicas; quedando los autores de tales sentencias, en ambos supuestos, no como inductores, sino como autores mediatos. Si bien es cierto que, en el último caso, el tribunal no entra a considerar si el hecho realizado por la amiga menor de edad lo realiza de forma consciente y con un grado de libertad suficiente⁹⁶, ya que de ello afirmarse, se podría entender al sujeto mayor de edad no como autor mediato, sino como inductor del hecho delictivo.

En último lugar, la inducción, prevista en el segundo párrafo del art. 28 CP, es considerada como una forma de participación por la que el inductor, mediante una relación “personal e inmediata”, influencia al inducido de manera que este último toma la decisión de delinquir y cometer un delito; no obstante, conservando siempre el inducido su propia voluntad, pues de otra manera, si esta quedase anulada, estaríamos ante un supuesto de autoría mediata.⁹⁷ Se puede decir que la inducción se diferencia de la autoría mediata y de la coautoría, según la STS de 19 de abril 279/2017, en que en la primera el autor material es un “mero instrumento del hombre de atrás [...]” y en la coautoría se comete el delito entre todos repartiéndose la realización del mismo⁹⁸. La inducción, por otra parte,

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril 541/2004 (RJ 2004\3042).

⁹² “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 179.

⁹³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995; disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>; última consulta el 24/5/18).

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de marzo 194/1996 (RJ 1996\1896).

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 1982 (RJ 1982\4519).

⁹⁶ “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 180.

⁹⁷ “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 183.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de abril 279/2017, F.9 (RJ 2017\2675).

es una forma de participación accesoria por la que se ejerce un influjo psíquico por parte del inductor hacia el autor material de la realización del tipo penal. En este sentido, la persona no estaba decidida a cometer el delito, constituyendo la participación del inductor una condición “sine qua non” para la consecución del crimen.⁹⁹

De nuevo, diversa jurisprudencia hace eco de ello a través de sentencias como la del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1983, por la que una madre, condenada como inductora en un parricidio, no se considera autora mediata “porque a pesar de haberse valido de su hija menor, esta constituyó un instrumento doloso al conservar en parte su voluntad de albedrío [...] y no un instrumento inerte o totalmente culpable”.¹⁰⁰ Otro ejemplo de ello aparece en la SAP de 30 de junio de 2010¹⁰¹, a través de la cual la autoría de los condenados se sitúa en el ámbito de la inducción, sin considerarse el exceso en la acción del menor, autor material, como imputable a los dos adultos.

Todo lo expuesto *supra* lleva a confirmar que en la práctica jurisprudencial, en la gran mayoría de casos en los que se da utilización de menores para la comisión de delitos, sea el adulto considerado como inductor y no como autor mediato, siendo este último supuesto como del todo excepcional.¹⁰²

5.3. Utilización del menor como víctima del delito y protección en el ámbito penal español

Para el caso de delitos comunes, se pueden encontrar en nuestro Código Penal penas de protección del menor, previstas en el Libro I del Código Penal y relacionadas con la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, la tutela, curatela, guarda y acogimiento, previstas en el art. 39.b CP; como también la privación de la patria potestad, prevista en el art. 39.j CP.¹⁰³ Asimismo, se dan supuestos de penas que tienen como consecuencia el alejamiento de menores, como es el del art. 192.3 inciso segundo para la inhabilitación especial de “cualquier profesión u oficio, sea retribuido o no, que conlleve

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de abril 279/2017, cit. F. 9.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 1983 (RJ 1983\4182).

¹⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de junio 53/2010 (ARP 2010\1070).

¹⁰² “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”, cit. p. 179.

¹⁰³ *El tratado del menor*, cit. pp. 465-466.

contacto regular y directo con menores”.¹⁰⁴ Los delitos referidos a dicha pena de habilitación especial son los de los Capítulos II bis y V del ya mencionado Libro I, es decir, delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, y relativos a la prostitución y a la explotación de menores.¹⁰⁵

Respecto a la agravación de ciertos delitos comunes como protección al menor de edad, se encuentra la edad del menor víctima como el factor que va a endurecer la responsabilidad del autor en diversos casos, entre los cuales se encuentran:

homicidio doloso cuando la víctima sea mayor de 16 años (138.2.a), asesinato cuando la víctima sea menor de 16 años (art. 140.1.^a); lesiones si la víctima fuera menor de 12 años (art. 148.3^a); detenciones ilegales de menor de edad (art. 165); matrimonio forzoso (172.bis.3); trata de seres humanos de menores de edad (art. 177.bis.3.b); [...] empleo o contratación de menores sin permiso o trabajo (art. 311.bis.b); [...] facilitación de drogas a menores de 18 años (art. 369.1.4^o), delitos de lesa humanidad sobre menores (art. 607.bis.9^o).¹⁰⁶

Además de estos, existen otros tipos agravados para en el supuesto en que el delito se cometa en presencia de menores, o cuando se utiliza a un menor para realizarlo, ejemplo en este último supuesto de delitos como son los de defraudación de la propiedad intelectual (art. 271), industrial (art. 276) y narcotráfico (art. 370.1^o), a los cuales se hace alusión durante el trabajo.¹⁰⁷

En el caso de aquellos delitos especialmente pensados para la protección del menor, se encuentran los de prostitución de menores, pornografía infantil y explotación de menores en espectáculos de contenido sexual.¹⁰⁸ En concreto, resulta de interés exponer la protección que posee el menor frente a delitos de explotación económica, pues se considera que estos entrañan la utilización por parte del culpable del menor de edad “como mercancía”; utilización que suele presentarse mediante la explotación sexual del menor y la mendicidad.¹⁰⁹

¹⁰⁴ *El tratado del menor*, cit. p. 465.

¹⁰⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cit. pp. 73,75.

¹⁰⁶ *El tratado del menor*, cit. p. 470.

¹⁰⁷ *El tratado del menor*, cit. p. 470.

¹⁰⁸ *El tratado del menor*, cit. p. 481.

¹⁰⁹ *El tratado del menor*, cit. p. 491.

En relación a la explotación sexual del menor de edad, está se encuentra sancionada, tal y como se menciona *supra*, en el Capítulo V del Título VIII, relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual del Código Penal; mientras que la explotación económica a través de la mendicidad es sancionada en la Sección Tercera del Capítulo III, relativo a los delitos contra los derechos y deberes familiares, del Título XII.¹¹⁰ En esta línea, a diferencia de los supuestos anteriores en los que la protección de determinados delitos comunes era reforzada con respecto a la tutela del adulto y tenía como factor agravante la edad, que variaba según el delito; en este caso, la protección del menor frente a delitos de explotación económica se amplía hasta los 18 años, lo cual es visto como un acierto frente a la legislación internacional relativa a la protección del niño y su tutela en general.¹¹¹

Mientras el compromiso por parte de los Estados Parte a la protección del menor contra la explotación económica se encuentra recogida en el art. 32 CNUDN, como ya se exhibió en el apartado 3.2. *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989*; la protección contra toda forma de explotación y abuso sexual es recogido por el art. 34 de la misma Convención, por cuyo concepto se entiende “la utilización de menores en actividades de contenido sexual persiguiendo, en la mayoría de los casos, además de la satisfacción del deseo sexual de los potenciales clientes, un fin lucrativo.”¹¹²

Respecto a la utilización del menor en la explotación sexual y económica, posee un gran interés analizar los delitos de prostitución de menores, de pornografía infantil y su utilización para la práctica de la mendicidad, los cuales se encuentran en los arts. 188, 189 y 232 del CP, respectivamente.

5.3.1. Delito de prostitución de menores

En cuanto al delito de prostitución de menores, este sanciona en el art. 188.1 CP a la persona que “induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad [...] o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor [...] para estos fines

¹¹⁰ *El tratado del menor*, cit. p. 492.

¹¹¹ *El tratado del menor*, cit. p. 492.

¹¹² *El tratado del menor*, cit. p. 492.

[...]”¹¹³, sin importar que el menor la ejerza voluntariamente o ya esté ejerciendo la prostitución.¹¹⁴ Más allá, se observa en el apartado tercero del citado artículo un tipo agravado para el supuesto de que el autor culpable pertenezca “a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.¹¹⁵ Otros tipos agravados a mencionar, presentes en el mismo apartado, serían el de la condición de autoridad, agente o funcionario público; “la puesta en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave”, de la vida o salud del menor; o cuando el culpable se hubiera “prevalido de una relación de superioridad o parentesco”, entre otros.¹¹⁶

5.3.2. Delito de pornografía infantil

El delito de pornografía infantil, por otra parte, ha sido protagonista de un gradual endurecimiento a través de las Reformas de 1999, 2003 y 2010¹¹⁷, quedando finalmente recogido en el art. 189 CP. Según el art. 2 de la Directiva 2011/92/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, es considerada pornografía infantil:

- i) Todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada,
- ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales,
- iii) todo material que represente de forma visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o
- iv) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principal mente sexuales.¹¹⁸

¹¹³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cit. p. 76.

¹¹⁴ *El tratado del menor*, cit. p. 492.

¹¹⁵ *El tratado del menor*, cit. p. 494.

¹¹⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cit. p. 76.

¹¹⁷ *El tratado del menor*, cit. p. 495.

¹¹⁸ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DOUE 17 de diciembre de 2011; disponible en <https://www.boe.es/doue/2011/335/L00001-00014.pdf>; última consulta 12/6/18).

En el marco penal español, se está ante un delito de pornografía infantil cuando el sujeto pasivo es menor de dieciocho años de edad, lo cual conlleva a un tipo agravado para el caso de la utilización de menores de dieciséis años, como refleja el apartado segundo del art. 189.¹¹⁹ En este sentido, la conducta típica determinada por el art. 189 es la de captar o utilizar a menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos para crear material pornográfico y obtener un lucro; además de producir, vender o distribuir tal pornografía, como también poseerla, careciendo de importancia el desconocimiento de su origen.¹²⁰ En su apartado segundo, por otra parte, se manifiestan distintos tipos agravados, entre los cuales se encuentra la utilización a menores de 16 años, como ya se había mencionado; o como ocurría también con el tipo agravado del delito de prostitución de menores, la pertenencia por parte del culpable a una “organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.¹²¹

5.3.3. *Utilización para la mendicidad*

Le mendicidad, considerada como la modalidad más frecuente de explotación de menores¹²², tiene como conducta típica en el art. 232 CP la de utilizar o prestar a menores de edad “para la práctica de la mendicidad, incluso si esta es encubierta [...]”. Además, se añade en su apartado segundo, un supuesto agravado de tráfico de menores y referido a la utilización por una organización, circunstancia de interés por la cuestión que se trata durante el trabajo.

Por tanto, las conductas sancionadas, el utilizar o prestar al menor para la práctica de la mendicidad son las que se deben entender como constitutivas de delito siempre que correspondan a una efectiva explotación del menor, ya que no podrá considerarse como tal el acompañamiento al progenitor que carezca de lugar donde dejar al menor.¹²³ Ejemplo de dicha explotación constituye “la práctica de la mendicidad acompañado de

¹¹⁹ *El tratado del menor*, cit. p. 498.

¹²⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cit. p. 77.

¹²¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cit. p. 77.

¹²² *El tratado del menor*, cit. p. 501.

¹²³ *El tratado del menor*, cit. p. 502.

un menor para inspirar lástima, la obtención de beneficios por la petición directa de la limosna por los menores y prestar al menor para que sea utilizado en la mendicidad.”¹²⁴

En último lugar, se establece en el art. 233 CP la posible imposición de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad con la consecuente tutela administrativa del menor, para el supuesto de que la utilización del menor en la mendicidad sea considerada como delito.¹²⁵

5.3.4. Presencia de otros supuestos agravados relativos a la utilización de menores para la comisión de delitos en la legislación penal española.

En aras de buscar la exhaustividad, es posible encontrar en el Código Penal más tipos agravados para el caso de la utilización del menor para la comisión de delitos. Ejemplo de ello se halla en la Sección Primera, relativa a los delitos relativos a la propiedad intelectual, del Capítulo XI (de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores) del Título XIII del Libro II. En este sentido, el apartado d) del art. 217 sanciona la comisión de un delito relativo a la propiedad intelectual por el que se utilice a menores de 18 años para cometerlos.¹²⁶ De esta misma forma también lo hace el art. 276, situado en este caso en la Sección Segunda por la que se sancionan los delitos relativos a la propiedad industrial, donde de nuevo en su apartado d), aplica un tipo agravado para aquel sujeto culpable que utilice a menores de 18 años para cometer el hecho delictivo.

En relación al delito de hurto, situado en el Capítulo I del Título XIII del CP, el legislador ha sido consciente de la gran frecuencia por la que mayores de edad utilizan a menores para la sustracción de objetos de valor valiéndose de la inimputabilidad de este último. En este sentido, por el art. 235.8º se aplica un tipo agravado al delito de hurto cuando se utiliza a un menor de dieciséis años para la comisión del delito. Este supuesto es referido a casos de autoría mediata donde se suele exigir una relación de dependencia,

¹²⁴ *El tratado del menor*, cit. p. 502.

¹²⁵ *El tratado del menor*, cit. p. 503.

¹²⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cit. pp. 101-102.

normalmente, parentesco.¹²⁷ Sin embargo, no parece poder operar esta agravación del delito del hurto en el supuesto de que el menor de dieciséis años y el adulto mayor de edad hayan actuado en virtud de un “acuerdo de voluntades libremente aceptado”.¹²⁸

En último lugar, se puede encontrar otro supuesto de utilización de menores en el art. 612.3º del Capítulo III, relativo a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, del Título XXIV del CP.¹²⁹ Por este se sanciona al autor por el que con ocasión de un conflicto armado “reclute o aliste a menores de dieciocho años o los utilice para participar directamente en las hostilidades”.¹³⁰ Esta disposición encuentra todo su sentido con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, en vigor desde 2002, por el que, como se menciona en el apartado 3.2. *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1982*, los Estados Parte se comprometen a que ningún miembro menor de dieciocho años pueda participar de forma directa en las hostilidades realizadas por sus fuerzas armadas.

¹²⁷ Ponencia juez magistrado jubilado Faustino Urquí Gómez, “Hurto. Modalidades agravadas”, 2016, p. 12 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicación%20de%20Urquia%20Gómez.pdf?idFile=cf17d4cd-530d-45f8-8cce-fa546b41086f; última consulta el 10/4/18).

¹²⁸ “Hurto. Modalidades agravadas”, cit. p. 12.

¹²⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cit. p. 190.

¹³⁰ Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, cit. p. 38901.

6. LA UTILIZACIÓN DE MENORES PARA LA COMISIÓN DE DELITOS POR BANDAS CRIMINALES

En los últimos tiempos, se está dando un desarrollo general de formas de delincuencia, específicamente la organizada, la cual está basada en el modelo de la mafia siciliana y que se dedica principalmente al tráfico de drogas.¹³¹ A través de este tipo de delincuencia, los menores son víctimas de manera global de delitos graves cometidos por parte de bandas criminales y organizadas que varían desde la trata de seres humanos hasta la prostitución.¹³² En muchos casos, al encontrarse el menor en este contexto de violencia y supervivencia, el riesgo de cooptación en las actividades delictivas de la delincuencia organizada aumenta¹³³. De ahí que se considere importante la protección del menor, poseyendo las instituciones públicas la obligación moral, legal e institucional de proteger a este¹³⁴ y su interés superior, tal y como establece el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

6.1. Definición de utilización

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación en Colombia, ya proclamaba en su informe de 2011 que “el concepto de utilización debe ser interpretado de la manera más amplia” y de ahí que el Estado deba considerar a menores reclutados o utilizados por grupos armados ilegales como víctimas.¹³⁵ En esta línea, cuando se habla de utilización, la doctrina jurisprudencial ha considerado que al hablar el legislador de “utilizar”, este se refiere a “usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores.”¹³⁶

¹³¹ Núñez Camacho, L., “Delincuencia organizada” en Laveaga, G. Y Jujambio, A. (coord.), *El derecho Penal a juicio. Diccionario crítico*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D. F., 2007, p. 165.

¹³² “Menores y delincuencia organizada”, cit. p. 152.

¹³³ De Leo, G., *La devianza minorile*, Roma, Carocci, 2002, p. 178.

¹³⁴ “Menores y delincuencia organizada”, cit. p. 15.

¹³⁵ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 2011, p. 16

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero 12/2015 (RJ 2015\131).

Más allá, la doctrina considera que debe tratarse de un uso o utilización directa de los menores, como se da en el caso del delito de corrupción de menores, en el que el menor es víctima, que la STS 1055/2009 de 3 de noviembre expone al clarificar que “no es lo mismo el trato del productor con el niño que la distribución únicamente de las fotografías o vídeos obtenidos antes por otros”.¹³⁷ De este modo, puede decirse que el término utilizar es referido a los casos de autoría mediata por los cuales el autor inmediato, que actúa como instrumento del autor mediato, sería el menor dominado por el autor mayor de edad.¹³⁸

6.2. Concepto de banda organizada

Primeramente, es tarea necesaria el introducir el concepto de la delincuencia organizada, así como sus características, para poder comprender quién puede conformar una organización o banda criminal y diferenciarlo de otra figuras afines o similares. De esta forma, si distinguimos entre la delincuencia organizada en sentido amplio y en sentido estricto, puede entenderse por delincuencia organizada en su primer aspecto como aquella “actividad delictiva, metódicamente planificada y ejecutada, generalmente, por individuos que viven del crimen”.¹³⁹ Si, por otra parte, nos referimos a la delincuencia organizada en sentido estricto, aspecto que nos interesa en mayor medida, esta se entiende como:

la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y la coacción con relación a sus miembros y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos.¹⁴⁰

A su vez, se pueden añadir otros rasgos característicos como pueden ser reglas de obediencia y silencio o el carácter internacional, atributos que no agotan el concepto y que en todo caso son complementarios.¹⁴¹ Dada la definición anterior, entendemos que la

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre 1055/2009 (RJ 2009\7828).

¹³⁸ “Hurto. Modalidades agravadas”, cit. p. 12.

¹³⁹ *Criminología. Parte general y especial*, cit. p. 540.

¹⁴⁰ *Criminología. Parte general y especial*, cit. p. 541.

¹⁴¹ *Criminología. Parte general y especial*, cit. p. 542.

delincuencia organizada se va a llevar siempre a cabo por más de dos individuos, que actúan dentro de un orden, en el que se establece una jerarquía entre sus miembros, la estructura se renueva cada cierto tiempo, pues es posible que la organización sobreviva a su “jefe”. Además, existen una serie de reglas en las que en el caso de infracción, sus integrantes son duramente castigados; se utiliza cualquier tipo de medios, sean legales o ilegales, y en la mayoría de los casos, el objetivo se encuentra en la obtención de un lucro económico.¹⁴²

En el marco jurídico español, se sigue la misma técnica para su tipificación. No obstante, dicha normativa se determina como “de excepción”, puesto que no existe la definición de delincuencia organizada como tal en el ámbito jurídico, tan solo aquella definitoria de comportamientos en relación a las bandas organizadas terroristas o armadas.¹⁴³ Ejemplo de ello se encuentra en el artículo 282bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), por el cual en su apartado cuarto se enumeran las conductas delictivas que, mediante la participación de “tres o más personas que tengan como fin cometer alguno o algunos de” los delitos enumerados en dicho apartado, tendrán la consideración de delincuencia organizada.¹⁴⁴

Por otro lado, es necesario establecer la diferencia entre la delincuencia organizada y figuras afines a ella, puesto que no debe confundirse este tipo de delincuencia con, por ejemplo, la criminalidad transfronteriza o la corrupción. El que se lleven a cabo actividades delictivas transnacionales o diferentes sujetos, a pesar de considerarse como crímenes, no nos puede llevar a afirmar que se cumplan todos los requisitos ya mencionados para que sean consideradas como delincuencia o crimen organizado.¹⁴⁵

¹⁴² *Criminología. Parte general y especial*, cit. pp. 543-544.

¹⁴³ *Criminología. Parte general y especial*, cit. p. 544.

¹⁴⁴ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE de 17 de septiembre de 1882; disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>; última consulta 2/6/18).

¹⁴⁵ *Criminología. Parte general y especial*, cit. p. 548-549.

6.3. Casuística de bandas criminales u organizadas

Una vez entendido el concepto de delincuencia organizada, es menester exponer varios ejemplos o realidades de bandas criminales u organizadas que más han destacado en los últimos años, entre otras cosas, por su uso indiscriminado en la utilización de menores para la comisión de delitos durante la actividad diaria de la banda o estrategias realizadas por esta.

6.3.1. Mara salvatrucha (MS13)

La mara salvatrucha, nacida en Los Ángeles (EE.UU.) en los años 80, surgió como consecuencia de las políticas de inmigración de este país y de la guerra civil salvadoreña.¹⁴⁶ La pandilla, de gran alcance internacional, se encuentra activa además de en 43 estados de los EE.UU., Canadá y países centroamericanos como El Salvador o Nicaragua, en países como España o Italia.¹⁴⁷

Sus principales beneficios derivan tanto del narcotráfico como del tráfico de personas, reclutando a menores desde los ocho a diez años de edad de barrios donde ya existen pandillas¹⁴⁸, siéndoles a estos últimos encomendadas tareas como la recogida de dinero proveniente de extorsiones y recibiendo normalmente el diez por ciento de lo que recaudan, incentivando así a los menores a integrarse gradualmente en la pandilla.¹⁴⁹ En otras ocasiones, a los menores se les ordena cometer robos en viviendas o hurtos de pequeña escala en establecimientos como supermercados para así contribuir con una cuota al ingreso y permanencia de la banda.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Organización Internacional para las Migraciones, “Spotlight: Gang and organized crime recruitment and use of minors”, Mission in Colombia RPR Program, Colombia, 2017, p. 1 (disponible en <http://www.oim.org.co/sites/default/files/6.%20RPR%20Spotlight%20Minors%20Oct2016.pdf>; última consulta 10/6/18).

¹⁴⁷ Benel, O., “La amenaza se llama Mara Salvatrucha”, El Mundo, 4 de septiembre de 2009 (disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/09/04/internacional/1252031869.html>; última consulta 10/6/18).

¹⁴⁸ “Spotlight: Gang and organized crime recruitment and use of minors”, cit. p. 1.

¹⁴⁹ Palomo, E., “Las niñas reclutadas por las maras en Honduras para cobrar extorsiones”, BBC News, 30 de octubre de 2015 (disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151028_honduras_bandas_extorsion_ninas_ep; última consulta 10/6/18).

¹⁵⁰ Sánchez, M. C., “Juicio a la temible Mara Salvatrucha”, El País, 21 de febrero de 2018 (disponible en https://elpais.com/caa/2018/02/20/valencia/1519123890_654941.html; última consulta 10/6/18)

6.3.2. *Mafia rumana*

La mafia rumana se centra, entre otras actividades, en localizar a familias en riesgo de exclusión social rumanas viviendo en sus país de origen para ofrecerles servicios como prestamistas. Más tarde, cuando dichas familias se ven incapaces de pagar el préstamo, es la organización mafiosa la que separa a los niños de sus familias, pagándoles una cantidad mensual a estas; utilizando a los menores en tareas para el tráfico ilegal de personas, la mendicidad organizada o el tráfico a subsiguientes bandas dentro de la Unión Europea.¹⁵¹

Dichas mafias, que compran a los hijos, menores de edad, de rumanos en su país de origen, son conscientes de la edad mínima penal de 14 años en España, por lo que son utilizados además de para la mendicidad o para la recogida de chatarra¹⁵², para delinquir por calles altamente concurridas de grandes ciudades, como Madrid; siendo el 90% de las víctimas extranjeras.¹⁵³ Tareas típicas suelen incluir el apoderamiento de cámaras de fotos, móviles o carteras; estafas mediante la petición de firmas para una asociación de minusválidos o la utilización de diferentes métodos para el robo bajo los vulgarmente llamados “el método de la muleta” o el de la “siembra”.¹⁵⁴ A través de estos últimos, los menores engañan a sus víctimas y se hacen con tarjetas de crédito o cualquier otro objeto que se halle a la vista.¹⁵⁵

Por otra parte, cuando los menores son captados por la policía, estos son dejados en libertad cuando son menores de 14 años, puesto que son inimputables, en el caso de que alguien acuda a recogerlos (normalmente el explotador mafioso que dice ser familia o tutor legal); siendo a su vez imposible repatriarlos por encontrarse en territorio

¹⁵¹ “Spotlight: Gang and organized crime recruitment and use of minors”, cit. p. 1.

¹⁵² Ordóñez, E. G., “Las mafias rumanas se hacen con España”, Columna Cero, 28 de abril de 2017 (disponible en <https://columnacero.com/sucesos/2727/las-mafias-rumanas-se-hacen-con-espana/>; última consulta el 10/6/18).

¹⁵³ “Unos 150 menores roban a diario en pleno centro de Madrid” cit.

¹⁵⁴ Álvarez, M. J., “Familias rumanas venden a sus hijos a mafias para mendigar y delinquir en Madrid”, ABC, 16 de abril de 2016 (disponible en http://www.abc.es/espana/madrid/abci-familias-rumanas-venden-hijos-mafias-para-mendigar-y-delinquir-madrid-201604110136_noticia.html; última consulta 10/6/18).

¹⁵⁵ “Familias rumanas venden a sus hijos a mafias para mendigar y delinquir en Madrid”, cit.

Schengen.¹⁵⁶ En otro caso, los menores son internados en centros de régimen abierto donde las medidas impuestas a estos son laxas, por lo que terminan saliendo de los centros para delinquir continuamente.¹⁵⁷

6.3.3. *Los Zetas*

Los Zetas, cartel formado tras la escisión del Cartel del Golfo y en activo desde finales del siglo pasado, centra su estrategia en la captación de menores de nacionalidad estadounidense con ascendencia mexicana, con el objetivo de entrenarles para ser asesinos en México y luego dejarlos en la frontera estadounidense y que así lleven a cabo operaciones para la banda organizada.¹⁵⁸

Los menores integrantes de los Zetas, cuyo reclutamiento normalmente comienza a los 10 años de edad, se calcula en unos 17.000¹⁵⁹, consistiendo sus tareas habituales en el sicariato, “el empaquetado de droga, el secuestro de personas o la vigilancia de las casas de seguridad”; así como la vigilancia en general bajo el concepto de “halcón”.¹⁶⁰ Asimismo, estos menores, que en muchas ocasiones incluso participan en combates entre carteles¹⁶¹, son en su mayoría bilingües y poseen la doble nacionalidad mexicana-estadounidense, generando de esta manera gran valor para la banda, la cual obtiene enormes beneficios gracias a que estos pasan desapercibidos por la frontera.¹⁶²

¹⁵⁶ “Familias rumanas venden a sus hijos a mafias para mendigar y delinquir en Madrid”, cit.

¹⁵⁷ “Familias rumanas venden a sus hijos a mafias para mendigar y delinquir en Madrid”, cit.

¹⁵⁸ “Spotlight: Gang and organized crime recruitment and use of minors”, cit. p. 1.

¹⁵⁹ Nájjar, A., “¿Por qué el narco recluta a miles de menores en México?”, BBC News, 17 de diciembre de 2013 (disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/12/131217_mexico_menores_adolescentes_reclutados_narcotrifico_chapo_guzman_zetas_sinaloa_an; última consulta 10/6/18)

¹⁶⁰ “¿Por qué el narco recluta a miles de menores en México?” cit.

¹⁶¹ “¿Por qué el narco recluta a miles de menores en México?” cit.

¹⁶² Pineda, G., “El cártel de Los Zetas recluta niños en Coahuila para transportar cocaína a Estados Unidos”, CC News, 7 de noviembre de 2017 (disponible en <https://news.culturacolectiva.com/derechos-humanos/cartel-de-los-zetas-recluta-menores-de-edad-en-coahuila/>; última consulta 10/6/18).

6.3.4. Las bandas de los Cape Flats

Los *Cape Flats*, área referida a los suburbios del sur de Ciudad del Cabo (Sudáfrica), y a la zona donde a la gente de color le fue permitido vivir durante el período del *apartheid*¹⁶³; concierne también a día de hoy a doce bandas callejeras reconocidas y a tres bandas carcelarias, operativas en la provincia de Cabo Occidental (Sudáfrica).¹⁶⁴ Las políticas desarrolladas durante el *apartheid*, llevaron a una marginalización económica y racial que terminó destruyendo lazos de familia tradicionales de multitud de jóvenes, dando lugar a bandas criminales que actualmente centran sus actividades en el narcotráfico y en mantener su territorio, pues existen numerosas disputas territoriales; llevando a cabo un reclutamiento de menores desde los 12 años de edad.¹⁶⁵

Estas bandas, aunque temidas por la población en general, son también fuente de influencia y admiración por parte de los jóvenes, ya que son una vía de escape a la pobreza y a la potencial marginación social que les espera debido a la desigualdad originada con el *apartheid*.¹⁶⁶

6.3.5. Niños soldado

Otra realidad es la de los niños soldado, menores utilizados para su participación en conflictos armados, por los que según los Principios de París¹⁶⁷, se considera como niño soldado a:

todo menor armado que haya sido reclutado o utilizado por una fuerza armada o un grupo armado en cualquier capacidad, incluidos los niños, tanto niños como niñas, aunque sin limitarse a ellos, utilizados como combatientes, cocineros, cargadores, espías o para fines sexuales. No se refiere solamente a menores que estén tomando o hayan tomado parte directa en las hostilidades.

¹⁶³ “Overview of the Cape Flats”, Journey to the Cape Flats (disponible en <http://capeflats.org.za/modules/home/overview.php>; última consulta 10/6/18).

¹⁶⁴ “Spotlight: Gang and organized crime recruitment and use of minors”, cit. p. 1.

¹⁶⁵ “Spotlight: Gang and organized crime recruitment and use of minors”, cit. p. 1.

¹⁶⁶ “La guerra de bandas en Ciudad del Cabo”, trad. Vacas, J., África Fundación, 15 de diciembre de 2017 (disponible en <http://www.africafundacion.org/spip.php?article29084>; última consulta 10/6/18).

¹⁶⁷ Principios y Directrices de París sobre los niños vinculados a fuerzas armadas o grupos armados, adoptados en la conferencia internacional “Liberemos a los niños de la guerra”, París, 2007, p. 7 (disponible en <https://www.unicef.org/emerg/files/ParisPrinciples310107English.pdf>; última consulta 25/5/18).

En esta línea, el Informe Machel también señala la tendencia alarmante de la participación de los menores como soldados en conflictos para los cuales se utilizan por su “mayor obediencia, el no cuestionamiento de órdenes y la facilidad de manipulación respecto a soldados adultos”.¹⁶⁸ Asimismo, destaca la utilización de las niñas soldado, que son además víctimas sexuales al ser “forzadas a prestar servicios sexuales”.¹⁶⁹

Se tiene constancia de que grupos guerrilleros como las FARC-EP y el ELN han hecho uso de menores para la comisión de delitos, resultando estos últimos víctimas de las acciones del grupo armado ilegal. Los grupos armados censan a niños y niñas con el fin de reclutar a los mayores de ocho años y que en numerosas ocasiones fallecen en enfrentamientos armados o derivados, como es el caso de niños menores de 14 años fallecidos al ser utilizados para colocar cargas explosivas.¹⁷⁰ La utilización de menores también se registró para fines de inteligencia y campañas cívico-militares por parte de la fuerza pública en Colombia.¹⁷¹

Otro ejemplo de ello es el reclutamiento y utilización de niños por fuerzas y grupos armados en Afganistán durante el período comprendido entre 2010 y 2014. Existen secuestros de niños verificados por los grupos armados para su utilización por estos, como también la utilización por las Fuerzas Nacionales de Seguridad Afganas.¹⁷²

6.4. Utilidad de la utilización del menor para la comisión de delitos

No es difícil justificar la utilidad que conlleva la utilización del menor para la comisión de delitos por parte de bandas criminales u organizadas, ya que el menor se presenta como un instrumento verdaderamente útil al ser difícilmente reconocible “como parte de un

¹⁶⁸ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Machel, G., sobre “el impacto del conflicto armado en los niños”, 1996, p. 11 (disponible en https://www.unicef.org/graca/a51-306_en.pdf; última consulta 10/4/18).

¹⁶⁹ Impacto del conflicto armado en los niños, cit. p. 13.

¹⁷⁰ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 2011, cit. pp. 15-16.

¹⁷¹ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 2011, cit. p. 16.

¹⁷² Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre los niños y el conflicto armado en el Afganistán, cit. p. 7.

grupo” o poseer un procesamiento jurídico más favorable.¹⁷³ Como ya queda explicado en el apartado 4.2. *Imputabilidad del menor*, la razón fundamental es la de la inimputabilidad del menor, puesto que bajo la LORPM, los menores de catorce años nunca van a ser responsables penalmente, son inimputables. En cuanto a aquellos mayores de catorce años pero menores de dieciocho, estos van a obtener un tratamiento más favorable respecto al de los adultos, pues no son responsables criminalmente bajo el Código Penal, pero sí responden penalmente de acuerdo con su legislación específica, la ya mencionada LORPM.

A estos menores imputables bajo la LORPM se les van a imponer medidas, y no penas (véase apartado 5.1. *Menor como víctima del delito vs. Menor como sujeto activo del delito*), puesto que la naturaleza de esta LO es tan solo formalmente penal, siendo esta materialmente sancionadora-educativa.¹⁷⁴ Asimismo, el criterio que rige es el de la flexibilidad de la sanción, en este caso, de las medidas a tomar, puesto que se pretende observar ante todo el interés del menor, el cual se encuentra en una etapa de continua maduración personal, en los ámbitos social, escolar y familiar.¹⁷⁵

Ha de destacarse, no obstante, que el menor, a pesar de ser sujeto activo en cuanto a la comisión del delito, es considerado como víctima en dos ocasiones: una primera cuando es cooptado por el grupo criminal organizado que no permite que este se desarrolle física y psicológicamente de una manera normal; y una segunda ocasión debido a que son obligados a cometer delitos por los que serán juzgados por parte de tribunales, o seguirán en dicha carrera criminal, sin posibilidad ya de salida.¹⁷⁶

Además del vacío legal del que se aprovechan estas bandas criminales, utilizando a menores inimputables, estas ven a los menores de edad como “mano de obra más barata”¹⁷⁷; aunque también como forma de recuperar a soldados que perdieron durante la guerra contra el narcotráfico, siendo este el caso de países latinoamericanos como México

¹⁷³ “Menores y delincuencia organizada”, cit. p. 159.

¹⁷⁴ *Derecho penal de menores*, cit. p. 110.

¹⁷⁵ *Derecho penal de menores*, cit. pp. 111-112.

¹⁷⁶ “Menores y delincuencia organizada”, cit. p. 153.

¹⁷⁷ Loaiza Bran, J. F., “Menores son mano de obra más barata para las bandas”, *El Colombiano*, 25 de febrero de 2016 (disponible en <http://m.elcolombiano.com/menores-cuota-de-40-en-combos-fx3653263>; última consulta el 13/6/18).

o Colombia.¹⁷⁸ Más allá, debido al miedo a denunciar o confesar los delitos cometidos que poseen los menores, las bandas consideran que los niños son más fáciles de adoctrinar, teniendo una mayor probabilidad de que vuelvan a incorporarse a la banda una vez han salido del centro de menores y han cumplido las sanciones impuestas.¹⁷⁹ Para las bandas, el tiempo que se encuentran los menores internos en el centro correspondiente puede ser también de extrema valía, ya que el menor integrante de una banda criminal u organizada hace más fácil el reclutamiento de otros menores y la expansión de la presencia de la banda en estos mismos centros de menores.¹⁸⁰

6.5. Factores de riesgo y circunstancias relativas a la integración del menor a la banda criminal

Los causas que pueden llevar a que el menor de edad acabe dentro de una organización criminal son variadas. Además, pese a apreciar la existencia de tres tipos de vinculación diferentes, estas son la vinculación voluntaria, la forzosa y la de nacimiento¹⁸¹, este primer tipo de vinculación, la de voluntariedad, debe ser comprendida como la influencia de factores externos que fuerzan en todo caso “a los niños, niñas y adolescentes a tomar decisiones que por principio están viciadas”.¹⁸²

De este modo se pueden destacar, en un primer lugar, factores de riesgo ambientales que tienen que ver con el entorno que rodea al menor, para en un segundo momento, hablar de aquellos factores individuales que puedan influir en la comisión de conductas desviadas.

Una de las primeras causas o factores sería la pertenencia del menor a una familia desestructurada, situación en la que se dan carencias que en ocasiones los jóvenes intentan compensar con el ingreso en una banda juvenil, caracterizada en una alta probabilidad por

¹⁷⁸ “¿Por qué el narco recluta a miles de menores en México?” cit.

¹⁷⁹ “Spotlight: Gang and organized crime recruitment and use of minors”, cit. p. 2.

¹⁸⁰ “Spotlight: Gang and organized crime recruitment and use of minors”, cit. p. 2.

¹⁸¹ Romero Picón, Y., y Chávez Plazas, Y., “El juego de la guerra, niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado en Colombia”, *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 8, 2008, pp. 201-202 (disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n8/n8a10.pdf>; última consulta el 13/6/18).

¹⁸² ., “El juego de la guerra, niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado en Colombia”, cit. p. 200.

sus conductas transgresoras o violentas y delictivas.¹⁸³ Por otra parte, el que el menor tenga una mayor influencia parental hace que la probabilidad de delincuencia en los menores disminuya, disminuyendo esta influencia conforme el menor de edad crece y se vuelve más independiente de sus padres.¹⁸⁴

Estudios muestran que un bajo rendimiento y compromiso con la escuela, en este sentido, el absentismo y el fracaso escolar, se asocian a una probabilidad más alta de delincuencia y consumo de drogas.¹⁸⁵ En esta línea, el consumo de drogas y sustancias tóxicas produce en muchas ocasiones que el menor delinca para sufragar el gasto económico que supone adquirir las sustancias y que, bajo sus efectos, el menor se desinhibe dando lugar a actos de vandalismo.¹⁸⁶

Otro factor es la marginación socioeconómica y la pobreza que se suele dar en mayor medida en jóvenes inmigrantes.¹⁸⁷ Parece que el estatus socioeconómico, las condiciones de habitabilidad y el barrio donde se vive condicionan la posibilidad de que el menor pueda acabar convirtiéndose en delincuente¹⁸⁸. En cuanto a la inmigración, esta característica es considerada como un factor adicional que aumenta el riesgo de que los menores se unan a bandas juveniles o desarrollen un comportamiento más violento.¹⁸⁹

Tanto la transmisión de imágenes y conductas violentas por los medios de comunicación como los videojuegos crean en el menor un sistema de valores donde la violencia se ve como socialmente aceptada. De este modo, también se considera insuficiente “en la enseñanza y en la transmisión de valores” conductas cívicas de respeto al prójimo y de comunidad, los cuales se ven sustituidos por valores más individualistas y de consumo, que se dan hoy día en el mundo globalizado.¹⁹⁰

¹⁸³ Dictamen 2006/C110/13, cit. p. 76.

¹⁸⁴ Browning, K. Thornberry, T. P. y Porter, P. K., “Highlights of Findings From the Rochester Youth Development Study”, *OJJDP Fact Sheet*, 103, 1999, 1 (disponible en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/fs99103.pdf>, última consulta 2/04/2018).

¹⁸⁵ Dictamen 2006/C110/13, cit. p. 76.

¹⁸⁶ Dictamen 2006/C110/13, cit. p. 76.

¹⁸⁷ Dictamen 2006/C110/13, cit. p. 76.

¹⁸⁸ Farrington (1992) (1997), Browning, Thornberry y Porter (1999); Browning y Loeber (1999) en *Derecho Penal Juvenil* cit. p. 101.

¹⁸⁹ *Derecho penal juvenil*, cit. p. 47.

¹⁹⁰ Dictamen 2006/C110/13, cit. p. 77.

En cuanto a los grupos de iguales, se considera como un gran factor de delincuencia la asociación del menor con amistades que realizan actividades delictivas, debido a que estos grupos actúan como un ‘refuerzo’ positivo hacia el menor.¹⁹¹ De acuerdo con esto, las altas tasas de desempleo no ayudan a que el menor delincuente salga de una situación de frustración y desesperanza¹⁹², lo cual potencia su dedicación de tiempo libre a conductas delictivas.

Según estadísticas, son los menores de sexo masculino, chicos de entre 14 y 17 años de edad, los que delinquen en una proporción superior a las chicas¹⁹³; no obstante, las chicas que cometen actos delictivos, por menor número que sean, delinquen en la misma proporción y suelen ser las más jóvenes las que llevan a cabo estas conductas desviadas¹⁹⁴.

Atendiendo a factores individuales del menor, el perfil del delincuente juvenil se puede clasificar de acuerdo a tres criterios: menores de edad que presentan rasgos de anormalidad patológica, menores con rasgos de anormalidad no patológica y menores delincuentes con rasgos de personalidad normal¹⁹⁵. Es de nuestro interés este último criterio, por el cual los menores que delinquen bajo rasgos de personalidad normal tienen diversas motivaciones. En ocasiones se trata de perseguir la admiración de sus compañeros, por la omisión del entorno familiar o escolar, por satisfacer sus propias necesidades consumistas, por las posibilidades que traen consigo las nuevas tecnologías o, en último lugar, por “aprendizaje directo o imitación”¹⁹⁶. En este sentido, las amistades o el entorno familiar pueden suponer el contexto perfecto por el que el menor aprende a seguir este tipo de conductas delictivas, convirtiéndose en algo nada inusual que el menor sea utilizado por un adulto o adultos para la comisión de delitos.¹⁹⁷

¹⁹¹ “Highlights of Findings From the Rochester Youth Development Study”, cit. p. 1.

¹⁹² Dictamen 2006/C110/13, cit. p. 76.

¹⁹³ Instituto Nacional de Estadística, *Condenados por sentencia firme. Año 2016, 2017*. (disponible en http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176795&menu=ultiD atos&idp=1254735573206; última consulta el 12/4/18).

¹⁹⁴ *Derecho penal de menores*, cit. p. 27.

¹⁹⁵ Herrero Herrero, C., *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, Madrid, 2005, p. 93-95.

¹⁹⁶ *Derecho penal de menores*, cit. p. 30.

¹⁹⁷ *Derecho penal de menores*, cit. p. 30.

En último lugar, los motivos o causas por las que el menor se puede encontrar inmerso en una banda organizada o criminal los constituyen el miedo infundado por esta, la escasez de oportunidades de empleo o las amenazas recibidas a sus familias para que trabajen para la organización.¹⁹⁸ Además, los menores pueden haber sido víctimas de un secuestro o en último término, pueden querer unirse voluntariamente a las bandas, voluntariedad que, como se menciona anteriormente, es más bien vista como influencias de factores externos que fuerzan a los menores a la integración en estas bandas.¹⁹⁹

6.6. Inexistencia de la figura de delito del uso de menores para la comisión de delitos en el marco penal español. Derecho comparado.

Es merecedora de nuestra atención la inexistencia en la legislación penal española de una figura relativa a la utilización de menores de edad para la comisión de delitos, figura que sí ha previsto el legislador en otros países, para acatar un problema que tanta violencia y desestabilización social crean las bandas criminales, como es el uso de los menores en la banda para el propio provecho de estas. Es por ello por lo que se expone a continuación la situación de la legislación penal española, para más tarde hacer un breve estudio de derecho comparado de la legislación penal colombiana y la legislación penal peruana, en este orden.

6.6.1. Legislación penal española

A pesar de la ya mencionada inexistencia de una figura de delito especial que sancione la utilización de menores de edad para la comisión de delitos, el Código Penal sanciona en su articulado con tipos agravados los supuestos de utilización de menores de dieciséis y dieciocho años para la comisión de delitos; y con delitos especiales, con el fin de proteger la tutela del menor. Sin entrar a valorar si al menor ejecutor se le considera como autor directo o simple autor inmediato, con diferentes consecuencias en cuanto a su responsabilidad penal bajo la LORPM, el apartado 5. *La utilización de menores para la*

¹⁹⁸ “¿Por qué el narco recluta a miles de menores en México?”, cit.

¹⁹⁹ “¿Por qué el narco recluta a miles de menores en México?”, cit.

comisión de delitos es exhaustivo en este aspecto, mostrando los supuestos por los que la utilización del menor conlleva una sanción específica o reforzada.

En esta línea, se pueden añadir además otras sanciones impuestas por el legislador, previstas en los arts. 369.2ª CP y 369 bis CP relativas a la participación en otras actividades organizadas y la pertenencia a organizaciones delictivas para el caso de tráfico de drogas o sustancias estupefacientes. De esta manera, es posible afirmar la protección del menor, aparentemente suficiente, para el caso de la utilización de menores por adultos para la comisión de delitos, sea el menor víctima como infractor; y especialmente por aquellas bandas criminales u organizadas que estén involucradas en actividades de narcotráfico.

6.6.2. Legislación penal colombiana

A diferencia de la inexistencia de la figura de delito del uso de menores de edad en la comisión de delitos en el marco penal español, el Código Penal colombiano, por otra parte, prevé este delito especial en su art. 188D, bajo el concepto de “uso de menores de edad en la comisión de delitos.”²⁰⁰ Dicho artículo sanciona a:

El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a diez y veinte (20) años.

El consentimiento dado por el menor de 18 años no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad si se trata de menor de 14 años de edad [...]

Es destacable en este sentido la no importancia del consentimiento del menor de edad en ningún momento, puesto que aún constituyendo la voluntad de este último en participar en el hecho delictivo, el adulto culpable va a responder siempre penalmente. A su vez, se observa como se agrava la pena en el caso de que el menor utilizado sea inimputable, ya que el menor de 14 años no va a ser responsable penalmente bajo el Sistema de

²⁰⁰ Ley 599 de 2000, del Código Penal colombiano (Diario Oficial n. 44097 de 24 de julio de 2000; disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20160208_02.pdf; última consulta 13/6/18).

Responsabilidad Penal para adolescentes que establece su art. 139 la Ley 1098 de 2006, por la que se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia en Colombia.²⁰¹

Respecto a la jurisprudencia existente, es notable la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de noviembre de 2016²⁰², por la que la defensa de la parte demandante apela el requisito de que se de una verdadera utilización por parte del procesado, no constituyendo tal caso cuando existiendo tan solo un menor en el grupo, todos actúan en calidad de coautores; y cuando tampoco existe prueba que demuestra tal utilización.²⁰³ A ello, la Corte respondió que aun actuando el menor de manera voluntaria, el adulto que participare con este en cualquier conducta delictiva incurre también en el delito del art. 188 D, este es, el de uso de menores de edad en la comisión de delitos.

A su vez, la Corte añadió que se debe tener en cuenta que la integración de los menores de edad a bandas criminales u organizadas, ya ocurra de manera forzada o aparentemente voluntaria, siempre va a ser excepcional “la vinculación auténticamente voluntaria”.²⁰⁴ Es por ello que al adulto que interviene junto al menor de edad en la comisión de un delito, aun sin conocer las causas por las que el menor toma tal decisión, el primero va a ser siempre responsable penalmente del delito que se estudia, puesto que carece de importancia que el menor obrase o no voluntariamente.²⁰⁵

6.6.3. *Legislación penal peruana*

En el caso de la legislación penal peruana, su Código Penal prevé también en su art. 46 D un delito de “uso de menores en la comisión de delitos” como tipo agravado el cual concurre “si el sujeto activo utiliza, bajo cualquier modalidad, a un menor de dieciocho años [...] para la comisión de un delito, en cuyo caso el juez puede aumentar la pena hasta

²⁰¹ Ley 1098 de 2006, por la que se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia (Diario Oficial n. 46446 de 8 de noviembre de 2006; disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>; última consulta 12/6/18).

²⁰² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de noviembre de 2016 (SP15870-2016; disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2016/11/Condena-por-uso-de-menores.pdf>; última consulta 12/6/18).

²⁰³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de noviembre de 2016, cit. p. 5.

²⁰⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de noviembre de 2016, cit. p. 17.

²⁰⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de noviembre de 2016, cit. p. 35.

en un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo penal.”²⁰⁶ Asimismo, el artículo establece que si

el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le otorgue particular autoridad sobre el menor o le impulse a depositar en él su confianza, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Según dicho artículo, si además el adulto mayor de edad ejerciera la patria potestad sobre el menor, el juez podría suspender su ejercicio, así como imponer una mayor pena si durante la comisión del delito el menor “sufre lesiones graves, incapacidad o muere”.

6.7. Reflexiones u Orientaciones de Política Criminal

6.7.1. Necesidad de existencia de un subtipo agravado de delito en el ordenamiento penal español relativo al uso de menores para la comisión de delitos por bandas criminales

A pesar del reciente endurecimiento de las penas del Código Penal, por el que se ha ampliado la protección hacia los menores para el supuesto de su utilización tanto en territorio nacional como para aquellos hechos delictivos que tienen origen o destino en España, estas medidas quedan vistas como insuficientes cuando queda en evidencia la falta de medios y especialistas que sufren “los órganos de vigilancia, control y protección”.²⁰⁷

Por ello, algunos autores consideran de carácter urgente introducir nacional como internacionalmente medidas específicas de carácter legislativo que sirvan como pena accesoria a la pena principal, en el caso de que se haya utilizado a un menor por parte de organizaciones criminales para la comisión de delitos²⁰⁸. En este sentido, se habla de

²⁰⁶ Decreto Legislativo n. 365 por el que se promulga el Código Penal (Sistema Peruano de Información Jurídica; disponible en http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp; última consulta 13/6/18).

²⁰⁷ Sapena Grau, F., “La utilización de menores para cometer delitos”, *Segre*, 19 de enero de 2017 (disponible en https://www.segre.com/es/noticias/opinion/col_laboracio/2017/01/19/la_utilizacion_menores_para_cometer_delitos_10318_1126.html; última consulta 12/6/18).

²⁰⁸ “Menores y delincuencia organizada”, cit. p. 164.

extender un subtipo agravado a la pena principal, siendo una pena mayor cuando el delito cometido está relacionado con la actividad criminal de la banda organizada.

6.7.2. Prevención social

No obstante lo mencionado en el apartado anterior, el origen de la mayoría de las conductas delictivas se encuentran en problemas de carácter individual o social, por lo que la solución no se debe buscar en un simple endurecimiento del Derecho Penal, sino en la corrección de aquellos aspectos que sí se han mostrado como negativos en la aplicación de la ley²⁰⁹. En este sentido, la prevención social siempre ha demostrado dar resultados a largo plazo cuando los programas son implantados de forma continuada y duradera.²¹⁰ En este sentido, se habla de que la cooperación entre los entes nacionales y locales debe ser uniforme y decidida²¹¹. Es por ello que se debe incidir en una política preventiva que incida en programas dirigidos a las instancias que más influyen en los menores, estos son, la familia, la escuela y su comunidad²¹².

Además, se debe tener en cuenta que la prisión preventiva o sistema carcelario previsto como pena puede ser deseado como evitable, puesto que el menor delincuente no asociado a una banda criminal puede verse influenciado en estos espacios para agravarse su condición personal o corromperse en mayor medida.²¹³

6.7.3. Posibilidad de pérdida de la patria potestad

Puesto que muchos menores nacen y crecen en un ambiente donde las familias se encuentran ya desde un principio desestructuradas o sus miembros pertenecen a organizaciones ilegales (por ejemplo, las mafias), se propone sancionar a aquellos progenitores condenados por participar en grupos criminales organizados, con la finalidad

²⁰⁹ *Derecho penal de menores*, cit. p. 49.

²¹⁰ “Menores y delincuencia organizada”, cit. p. 164.

²¹¹ “Menores y delincuencia organizada”, cit. p. 164.

²¹² *Derecho penal de menores*, cit. p. 49.

²¹³ “Menores y delincuencia organizada”, cit. p. 156.

disuasoria de que estos menores tengan una oportunidad más alentadora y no terminen siguiendo los pasos de sus progenitores.²¹⁴

6.7.4. *Política criminal frente a la delincuencia organizada*

Se pretende en este sentido una “uniformidad de leyes y prácticas de los Estados en materia de jurisdicción penal y extraterritorial”, que además evite una jurisdicción territorial demasiado amplia para evitar conflictos de leyes entre Estados.²¹⁵ Se hablaría, si no de una suprainstitución jurisdiccional, lo cual se ve como algo utópico; sí de una jurisdicción única y uniforme a nivel mundial o al menos regional-internacional para los delitos típicos perpetrados por la delincuencia organizada considerados como tal en la práctica mayoría de los países.²¹⁶ Desde la perspectiva de que “si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley”²¹⁷, teniendo una misma pena, un mismo proceso y una igual legalidad, se evitaría de esta manera que estas organizaciones criminales se beneficien de lagunas jurídicas, creando un efecto disuasorio y preventivo.²¹⁸

6.7.5. *Disminución del límite de edad*

En el caso de la delincuencia organizada, puesto que esta está constituida por numerosas células de menores de edad, existen voces que proponen que los menores sean sancionados como mayores de edad en el caso de la comisión de delitos graves, y tras el análisis del caso particular, de la confirmación de que “se reúnen circunstancias de

²¹⁴ “Menores y delincuencia organizada”, cit. p. 167.

²¹⁵ *Criminología. Parte general y especial*, cit. p. 578.

²¹⁶ *Criminología. Parte general y especial*, cit. p. 578.

²¹⁷ Annan, K. A., Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, de 15 de noviembre, adoptada por la Asamblea General en su resolución 55/25, Palermo, 2000, Prefacio (disponible en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>; última consulta el 11/4/18).

²¹⁸ *Criminología. Parte general y especial*, cit. pp. 578-579.

madurez emocional y psíquica” que los hacen equiparables a un adulto en la comisión del tipo delictivo.²¹⁹

En este sentido, se habla de realizar una reforma en los códigos penales con el objetivo de disminuir el límite de edad de 18 a 16 años con el objetivo de que los menores delincuentes en este rango de edad, cuyos delitos cometidos son en la mayoría de los casos graves, puedan ser procesados.²²⁰ Esto tiene como motivación el que en la actualidad las bandas organizadas estén reclutando a estos menores para la comisión de los delitos. No obstante, existen detractores de esta línea de pensamiento puesto que la disminución del límite de edad penal no tiene por qué traer como consecuencia una disminución en los delitos; que además, aumentaría el número de casos en los ya abordados Tribunales.²²¹

A día de hoy, ante un mundo eminentemente globalizado y la rápida evolución social en la que están inmersos los menores de edad, la adolescencia se prolonga y anticipa, lo cual se ve evidenciado por el aumento de comportamientos violentos protagonizados por menores de catorce años²²². Esto, la existencia de estudios que afirman la capacidad de culpabilidad del menor en torno a los 12 años; y el entendimiento de que es mejor prevenir que curar; plantea de nuevo el debate de rebajar el límite mínimo de responsabilidad penal del menor para conseguir una respuesta adecuada y efectiva de intervención. Es importante no olvidar en este sentido el necesario compromiso por parte de los poderes públicos competentes en su actuación, fundamentalmente preventiva, que se lleve a cabo frente al menor, y el entorno familiar y escolar²²³.

²¹⁹ Laveaga, G. Y Jujambio, A. (coord.), *El derecho Penal a juicio. Diccionario crítico*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D. F., 2007. En el apartado “Justicia para adolescentes”, p. 326, la opinión de Guzmán Wolfffer, R.

²²⁰ Laveaga, G. Y Jujambio, A. (coord.), *El derecho Penal a juicio. Diccionario crítico*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D. F., 2007. En el apartado “Justicia para adolescentes”, p. 326, la opinión de Izquierdo Ubaldo, J. J.

²²¹ “¿Qué hacer con los menores que son usados como criminales para delinquir?”, *Noticias RCN* 29 de octubre de 2014 (disponible en <https://www.noticiasrcn.com/nacional-justicia/hacer-los-menores-son-usados-criminales-delinquir>; última consulta 12/6/18)

²²² *Derecho penal de menores*, cit. p. 126.

²²³ *Derecho penal de menores*, cit. p. 126.

7. CONCLUSIONES

Tras la exposición de los capítulos presentados y demás cuestiones relevantes que han ayudado para la mejor comprensión del fenómeno de la utilización de menores para la comisión de delitos por bandas criminales, se pueden extraer diversas conclusiones. En primer lugar, puede decirse que la delincuencia juvenil está viviendo una desaceleración generalizada en los últimos años del presente siglo, pero que sin embargo, esta sigue existiendo, siendo muy común el que el menor delincuente se encuentre involucrado en grupos organizados por mayores de edad, siendo los primeros utilizados para llevar a cabo actividades delictivas para las que resultan de gran valía por razones de edad, y por ello, menor sanción ante el ordenamiento legislativo penal. Asimismo, a pesar de la gran alarma social generada por los medios de comunicación, no puede concluirse la existencia en el contexto español de un abundante número de bandas juveniles, debido a la inexistencia de estudios que confirmen dicho número o su tasa de criminalidad.

Por otro lado, la legislación internacional relativa a la tutela del menor frente a la utilización de bandas criminales u organizadas comporta un instrumento de gran utilidad para combatir este fenómeno, cada vez más extendido, y por tanto, necesario, para que el menor de edad pueda desarrollarse en un ambiente social, escolar y familiar normal, siendo capaz de madurar sin los traumas que causan las situaciones de violencia, el narcotráfico o los conflictos armados.

Respecto a la responsabilidad penal del menor en el ordenamiento jurídico español, se considera necesario recordar que el menor de edad va a ser siempre responsable penalmente entre los catorce y dieciocho años de edad bajo la LORPM -con diferencias en el derecho comparado-; edad antes de la cual al menor se le va a considerar como inimputable, y por ello va a estar exento de responder penalmente bajo la LORPM. A su vez, es fundamental destacar la diferencia, en muchos casos confusa, entre la utilización del menor como víctima del delito, por la que este va a poseer la misma tutela penal que la de una persona adulta; de la utilización del menor cuando este último es sujeto activo del delito, y consecuentemente, responsable penalmente según la LORPM. En este último caso, al menor se le va a sancionar mediante medidas y no penas si el menor infractor es autor directo del hecho delictivo y concurre la autoría mediata, supuesto por el cual el

menor queda libre de responsabilidad alguna. Se ha de añadir, no obstante, que la práctica jurisprudencial confirma que la gran mayoría de casos en los que se utiliza a menores para la comisión de delitos, la autoría mediata se presenta como un supuesto excepcional.

Para el supuesto del menor como víctima del delito, es destacable la protección establecida por el ordenamiento jurídico español, existiendo supuestos agravados respecto de ciertos delitos comunes, por una parte; y delitos especiales que tienen como objetivo fundamental la protección del menor. En este sentido, los arts. 188, 189 y 232 del CP, relativos al delito de prostitución de menores, de pornografía infantil y de utilización para la mendicidad, respectivamente, protegen de una forma especial al menor víctima cuando es utilizado por el adulto, mayor de edad. Para una mayor protección del menor de edad, se observa un endurecimiento de las penas en la legislación penal española con ciertos supuestos agravados previstos en el art. 217.d), 276.d) o 235.8º CP, para el caso de utilización de menores en supuestos de la comisión de delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial y al delito de hurto, no pareciendo poder operar este último supuesto agravado cuando el menor de dieciséis años ha actuado mediante un “acuerdo de voluntades libremente aceptado”.

La utilización de menores para la comisión de delitos por bandas criminales es un fenómeno de delincuencia por el que los menores son víctimas de manera global de delitos tan variados como la trata de seres humanos o la prostitución. El menor va a ser utilizado para la comisión de delitos por este tipo de bandas, cada una de las cuales es poseedora de diferentes estructuras y reglas internas -MS13, mafia rumana, Los Zetas, entre otros-; por la simple razón de su gran utilidad, ya que estos menores de edad son en muchas ocasiones inimputables, tienen una responsabilidad penal más favorable respecto a la de los adultos mayores de edad, son más difíciles de detectar por la administración y también más fáciles de adoctrinar. Así, la integración de los menores a estas bandas criminales se va a ver en muchos casos favorecida cuando el menor convive con una familia desestructurada, marginada socioeconómicamente y en un ambiente de pobreza; posee un bajo rendimiento y compromiso escolar, como también si las alternativas de empleo son poco favorecedoras y el círculo de amistades se encuentra inmerso en actividades delictivas.

Por ello, debido a la inexistencia de una figura de delito del uso de menores para la comisión de delitos en el marco penal español, que sí se encuentra presente en el derecho comparado, se escuchan voces recalando la necesidad de un subtipo agravado de delito relativo a esta cuestión en el contexto nacional, todo ello a la vista de la insuficiente falta de medios y especialistas que sufren los órganos de vigilancia, control y protección. Asimismo, se considera como necesaria la aplicación de una política preventiva que incida en las instancias que más influyen en los menores, puesto que la mayoría de las conductas tienen origen en problemas de carácter individual o social, y no toda solución se encuentra en el simple endurecimiento del Derecho Penal. Se requiere también un replanteamiento de la política criminal ejercida hasta ahora, con la idea de crear en el futuro una jurisdicción única y uniforme a nivel, como mínimo, regional-internacional, para aplacar los delitos típicos cometidos por la delincuencia organizada, y que conlleva en innumerables casos la utilización de los menores para la comisión de estos delitos.

Es por ello que se ve ineludible, a raíz de los numerosos y graves casos de violaciones de los derechos de los niños, menores de edad, la necesidad de que se aumenten las iniciativas por parte de las administraciones para que los menores estén menos tiempo desocupados, se asegure la asistencia a la escuela, y se impulse el buen uso del tiempo libre allí donde cada menor reside. Asimismo, es necesario ofrecer alternativas de empleo y programas de reinserción para estos menores, considerados también como víctimas por la utilización que hacen de ellos las bandas criminales, debido a la vulnerabilidad que los menores presentan aún proponiéndose estos salir de la carrera criminal en la que se encuentran inmersos. Todo ello siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, pues prevenir la delincuencia de estos menores hoy, significa prevenir la delincuencia adulta del mañana.

8. BIBLIOGRAFÍA

➤ Legislación

○ Española

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea”, de 9 de mayo de 2006 (2006/C110/13; disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006IE0414&from=ES> ; última consulta 12/4/18).

Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DOUE 17 de diciembre de 2011; disponible en <https://www.boe.es/doue/2011/335/L00001-00014.pdf>; última consulta 12/6/18).

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, de 14 de diciembre de 1990, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 (disponible en <https://www.cidh.oas.org/privadas/directricesderiad.htm> ; última consulta 6/4/18).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE 31 de diciembre de 1990; disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1990/12/31/pdfs/A38897-38904.pdf> ; última consulta el 12/4/18).

Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, de 25 de mayo de 2000, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, p. 38901 (BOE 17 de abril de 2002;

<https://www.boe.es/boe/dias/2002/04/17/pdfs/A14494-14497.pdf>; última consulta el 4/4/18).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995; disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>; última consulta el 24/5/18).

Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas (BOE 24 de diciembre de 1992)

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 13 de enero de 2000; disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-641-consolidado.pdf>; última consulta el 24/5/18).

Principios y Directrices de París sobre los niños vinculados a fuerzas armadas o grupos armados, adoptados en la conferencia internacional “Liberemos a los niños de la guerra”, París, 2007 (disponible en <https://www.unicef.org/emerg/files/ParisPrinciples310107English.pdf> ; última consulta 25/5/18).

Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 30 de agosto de 2004).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE de 17 de septiembre de 1882; disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>; última consulta 2/6/18).

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, de 29 de noviembre de 1985 (disponible en <https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>; última consulta 12/4/18)

- Extranjera

Decreto Legislativo n. 365 por el que se promulga el Código Penal (Sistema Peruano de Información Jurídica; disponible en http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp; última consulta 13/6/18).

Ley 599 de 2000, del Código Penal colombiano (Diario Oficial n. 44097 de 24 de julio de 2000; disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20160208_02.pdf ; última consulta 13/6/18).

Ley 1098 de 2006, por la que se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia (Diario Oficial n. 46446 de 8 de noviembre de 2006; disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>; última consulta 12/6/18).

- Jurisprudencia

- Española

Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 1982 (RJ 1982\4519).

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1983 (RJ 1983\4182).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de marzo 194/1996 (RJ 1996\1896).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 25 de junio 13/1997 (ARP 1997\1183).

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2009 (RJ\2009\1544).

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril 541/2004 (RJ 2004\3042).

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2009 (RJ\2009\4908).

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre 1055/2009 (RJ 2009\7828).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio 53/2010 (ARP 2010\1070).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 26 de marzo 96/2013 (JUR 2014\222772).

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero 12/2015 (RJ 2015\131).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 28 de mayo 44/2015 (JUR 2015\169216).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de julio 238/2015 (ARP 2015\1007).

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril 279/2017 (RJ 2017\2675).

- Extranjera

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de noviembre de 2016 (SP15870-2016; disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2016/11/Condena-por-uso-de-menores.pdf>; última consulta 12/6/18).

- Obras científicas

Martínez García, C. (coord.), Álvarez Vélez, M. I., Bartolomé Tutor, A., Campoy Cervera, I., Carrillo Márquez, D., Cillero Bruñol, M., Claro Quintáns, I., Corripio Gil-Delgado, M. R., De Couto Gálvez, R. M., Díez Riaza, S., Gisbert Pomata, M., Gómez Bengoechea, B., Lázaro González, I., López Álvarez, M. J., Molina Blázquez, C., De Montalvo JäÄskeläinen, F., Perazzo Aragoneses, C., Rey Pérez, J. L., Ruiz de Huidobro

de Carlos, J. M., Sáez de Santamaría Gómez-Mampaso, B., y Serrano Molina, A., *El tratado del menor*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

Colás Turégano, A., *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2011.

Cruz Márquez, B., *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2006.

De Leo, G., *La devianza minorile*, Carocci, Roma, 2002.

Díaz Martínez, M., Lacruz López, J. M., Luaces Gutiérrez, A. I., Serrano Tárraga, M. D. y Vázquez González, C., *Derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2007.

Fumarulo, S., “Menores y delincuencia organizada” en Buscaglia, E. y Roemer, A. (ed.), *Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de Derecho y Economía*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2006, pp. 151-168 (disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2199/13.pdf>; última consulta 10/4/18).

Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte general y especial*, Dykinson, Madrid, 2017.

Herrero Herrero, C., *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, Madrid, 2005

Laveaga, G. y Jujambio, A. (coord.), *El derecho Penal a juicio. Diccionario crítico*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D. F., 2007. En el apartado “Justicia para adolescentes” (p.326) las opiniones de Izquierdo Ubaldo, J.J. y de Guzmán Wolffer, R.

López-Rey Arrojo, M., *Criminología. Criminalidad y planificación de la política criminal*, Aguilar, Madrid, 1978.

Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Núñez Camacho, L., “Delincuencia organizada” en Laveaga, G. Y Jujambio, A. (coord.), *El derecho Penal a juicio. Diccionario crítico*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D. F., 2007, p. 165.

Ornosa Fernández, M. R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su reglamento, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, Bosch, Barcelona, 2007.

Quintero Olivares, G., *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Cedecs, Barcelona, 2015.

Roxin, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, trad. Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J. L., Madrid, 2016, pp. 58-70.

Tasende Calvo, J. J., “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad” en Martín López, M. T. (coord.), *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, cit. pp. 169-194.

Vives Antón, T. S., “Comentarios al Código Penal de 1995”, vol. I, Valencia, 1996

Artículos de revista:

Álvarez, M. J., “Familias rumanas venden a sus hijos a mafias para mendigar y delinquir en Madrid”, ABC, 16 de abril de 2016 (disponible en http://www.abc.es/espana/madrid/abci-familias-rumanas-venden-hijos-mafias-para-mendigiar-y-delinquir-madrid-201604110136_noticia.html; última consulta 10/6/18).

Annan, K. A., Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, de 15 de noviembre, adoptada por la Asamblea General en su resolución 55/25, Palermo, 2000, Prefacio (disponible en

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>; última consulta el 11/4/18).

Benel, O., “La amenaza se llama Mara Salvatrucha”, *El Mundo*, 4 de septiembre de 2009 (disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/09/04/internacional/1252031869.html>; última consulta 10/6/18).

Browning, K. Thornberry, T. P. y Porter, P. K., “Highlights of Findings From the Rochester Youth Development Study”, *OJJDP Fact Sheet*, 103, 1999 (disponible en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/fs99103.pdf>; última consulta 2/04/2018).

“El nuevo Código Penal castigará el uso de menores para cometer robos”, *La Información*, 28 de febrero de 2016 (disponible en https://www.lainformacion.com/policia-y-justicia/robo/el-nuevo-codigo-penal-castigara-el-uso-de-menores-para-cometer-robos_hDESZtdIMqVhszPCPsN6H3/; última consulta el 6/4/18).

“Guía del protocolo facultativo sobre la participación de niños y niñas en los conflictos armados”, *Unicef*, 2004 (disponible en <https://www.unicef.org/spanish/publications/files/SPANISHnw.pdf>; última consulta 12/6/18).

Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre los niños y el conflicto armado en el Afganistán, 2015 (disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10612.pdf>; última consulta el 12/4/18).

Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 2011 (disponible en http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2010_esp.pdf; última consulta el 6/4/18).

Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Machel, G., sobre “el impacto del conflicto armado en los niños”, 1996 (disponible en https://www.unicef.org/graca/a51-306_en.pdf; última consulta el 10/4/18).

Instituto Nacional de Estadística, *Condenados por sentencia firme. Año 2016, 2017*. (disponible en http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176795&menu=ultiDatos&idp=1254735573206; última consulta el 12/4/18).

Jiménez Díaz, M. J., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 17-19, 2015, pp. 1-36 (disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-19.pdf>; última consulta 12/6/18).

“La guerra de bandas en Ciudad del Cabo”, trad. Vacas, J., África Fundación, 15 de diciembre de 2017 (disponible en <http://www.africafundacion.org/spip.php?article29084>; última consulta 10/6/18).

Loaiza Bran, J. F., “Menores son mano de obra más barata para las bandas”, *El Colombiano*, 25 de febrero de 2016 (disponible en <http://m.elcolombiano.com/menores-cuota-de-40-en-combos-fx3653263>; última consulta el 13/6/18).

Nájar, A., “¿Por qué el narco recluta a miles de menores en México?”, BBC News, 17 de diciembre de 2013 (disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/12/131217_mexico_menores_adolescentes_reclutados_narcotrafico_chapo_guzman_zetas_sinaloa_an; última consulta 10/6/18)

Ordóñez, E. G., “Las mafias rumanas se hacen con España”, *Columna Cero*, 28 de abril de 2017 (disponible en <https://columnacero.com/sucesos/2727/las-mafias-rumanas-se-hacen-con-espana/>; última consulta el 10/6/18).

Organización Internacional para las Migraciones, “Spotlight: Gang and organized crime recruitment and use of minors”, Mission in Colombia RPR Program, Colombia, 2017, p.

1 (disponible en <http://www.oim.org.co/sites/default/files/6.%20RPR%20Spotlight%20Minors%20Oct2016.pdf>; última consulta 10/6/18).

“Overview of the Cape Flats”, Journey to the Cape Flats (disponible en <http://capeflats.org.za/modules/home/overview.php>; última consulta 10/6/18).

Palomo, E., “Las niñas reclutadas por las maras en Honduras para cobrar extorsiones”, BBC News, 30 de octubre de 2015 (disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151028_honduras_bandas_extorsion_ninas_ep; última consulta 10/6/18).

Pineda, G., “El cártel de Los Zetas recluta niños en Coahuila para transportar cocaína a Estados Unidos”, CC News, 7 de noviembre de 2017 (disponible en <https://news.culturacolectiva.com/derechos-humanos/cartel-de-los-zetas-recluta-menores-de-edad-en-coahuila/>; última consulta 10/6/18).

Ponencia juez magistrado jubilado Faustino Urquí Gómez, “Hurto. Modalidades agravadas”, 2016 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicación%20de%20Urquia%20Gómez.pdf?idFile=cf17d4cd-530d-45f8-8cce-fa546b41086f; última consulta el 10/6/18).

“¿Qué hacer con los menores que son usados como criminales para delinquir?”, *Noticias RCN* 29 de octubre de 2014 (disponible en <https://www.noticiasrcn.com/nacional-justicia/hacer-los-menores-son-usados-criminales-delinquir>; última consulta 12/6/18)

Romero Picón, Y., y Chávez Plazas, Y., “El juego de la guerra, niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado en Colombia”, *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 8, 2008, pp. 197-210 (disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n8/n8a10.pdf>; última consulta el 13/6/18).

Sánchez, M. C., “Juicio a la temible Mara Salvatrucha”, *El País*, 21 de febrero de 2018 (disponible en https://elpais.com/ccaa/2018/02/20/valencia/1519123890_654941.html; última consulta 10/6/18)

Sapena Grau, F., “La utilización de menores para cometer delitos”, *Segre*, 19 de enero de 2017 (disponible en https://www.segre.com/es/noticias/opinion/col_laboracio/2017/01/19/la_utilizacion_menores_para_cometer_delitos_10318_1126.html; última consulta 12/6/18).

“Unos 150 menores roban a diario en pleno centro de Madrid”, *20 Minutos*, 17 de diciembre de 2017 (disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/3214777/0/robos-menores-centro-madrid/>; última consulta 12/6/18)

“Violencia, niñez y crimen organizado”, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2015, p. 71 (disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencianinez2016.pdf>; última consulta 12/6/18).

Wasserman, G. A., Miller, L. S. y Cothorn, L., “Prevention of Serious and Violent Juvenile Offending”, *Juvenile Justice Bulletin*, 2000 (disponible en <https://permanent.access.gpo.gov/lps116855/LPS116855.pdf>; última consulta 2/04/2018).