



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## Título del Trabajo Fin de Grado: La minoría de edad penal

Presentado por:

***Marta Jorques Jiménez***

Tutelado por:

***Tomás Montero Hernanz***

*Valladolid, 07 de julio de 2020*

# ÍNDICE SISTEMÁTICO

<b>ABREVIATURAS UTILIZADAS.....</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>1. EL TRATAMIENTO PENAL DE LA MINORÍA DE EDAD A LO LARGO DE LA HISTORIA .....</b>	<b>5</b>
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS A LA CODIFICACIÓN PENAL .....	5
1.2. LOS CÓDIGOS PENALES DEL SIGLO XIX .....	7
1.2.1. El Código Penal de 1822.....	7
1.2.2. El Código Penal de 1848.....	8
1.2.3. El Código Penal de 1870.....	9
1.3. LOS CÓDIGOS PENALES DEL SIGLO XX.....	9
1.3.1. El Código Penal de 1928.....	10
1.3.2. El Código Penal de 1932.....	11
1.3.3. El Código Penal de 1944.....	11
1.3.4. El Código Penal de 1973.....	12
1.3.5. La Constitución Española de 1978 y sus efectos .....	12
1.3.6. El Proyecto de Código Penal de 1980.....	13
1.3.7. La Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 .....	13
1.3.8. El Proyecto de Código Penal de 1992.....	13
1.4. LA MINORÍA DE EDAD EN EL DERECHO ACTUAL.....	14
<b>2. LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA DEL MENOR .....</b>	<b>15</b>
2.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS.....	15
2.1.1. La Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 y sus posteriores reformas .....	15
2.1.2. Las normas de la II República .....	17
2.1.3. La Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1940.....	17
2.1.4. La Ley de Tribunales de Menores de 1948 y crisis del modelo tutelar.....	18
2.1.5. La Constitución Española de 1978 .....	18
2.1.6. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991.....	20
2.1.7. La Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.....	21
2.1.8. La Ley de Protección Jurídica del Menor .....	23
2.2. LA VIGENTE NORMATIVA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR.....	23
2.2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del menor .....	24
2.2.2. Principios informadores del Derecho Penal de menores .....	26
2.2.3. Ámbito de aplicación subjetivo .....	28
2.2.4. Las medidas de la LORPM.....	30

<b>3. EL MENOR COMO VÍCTIMA DE DELITOS.....</b>	<b>36</b>
3.1. LA EDAD COMO FACTOR DE AGRAVACIÓN DE LA PENA.....	37
3.2. EL MENOR COMO SUJETO PASIVO DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA .....	40
3.2.1. Violencia familiar, doméstica y asistencial .....	40
3.2.2. Delito de trata de seres humanos .....	43
3.2.3. De los delitos contra los derechos y deberes familiares.....	43
3.2.4. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.....	48
3.3. PERSPECTIVA DE FUTURO: PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.....	51
<b>4. CONCLUSIONES .....</b>	<b>53</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>56</b>

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

<b>CDN</b>	Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CP</b>	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOCPJM</b>	Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
<b>LOPJM</b>	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LORPM</b>	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
<b>MF</b>	Ministerio Fiscal
<b>núm. / núms.</b>	Número / Números
<b>p.</b>	Página
<b>pp.</b>	Páginas
<b>ss.</b>	Siguientes
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>Vid.</b>	Véase

## INTRODUCCIÓN

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del niño entiende por niño “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En España, el ordenamiento jurídico penal otorga al niño o menor de edad un tratamiento diferenciado al de los adultos con la finalidad de favorecer la adecuación del derecho a las especiales circunstancias y necesidades de este sujeto tan particular.

Esta diferenciación alcanza tanto si los menores son los sujetos activos del delito -pues la responsabilidad penal en la que incurra el menor se regulará de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores- como si los menores son la víctima o sujeto pasivo del delito -a través de una protección reforzada en el Código Penal de 1995-.

No obstante, la consideración del menor como sujeto de plenos derechos y merecedor de un tratamiento diferenciado no ha sido una constante histórica. En este sentido, en prácticamente la mayoría de los tiempos la minoría de edad ha sido tenida en cuenta como circunstancia especial en la atenuación y/o exención de la responsabilidad penal para determinados delitos pero resulta indiscutible que el tratamiento jurídico penal del menor de edad ha experimentado una evolución a lo largo de la historia.

Por todo lo expuesto, en el presente trabajo analizaremos en primer lugar el tratamiento histórico de la minoría de edad penal, con especial atención al pasado reciente y al proceso de codificación española. Examinaremos también la evolución de la que ha sido parte la jurisdicción especializada del menor desde su creación a finales del siglo XX. De esta manera, una vez entendido el proceso histórico en la materia, podremos comprender y analizar con mayor claridad la regulación vigente, con especial atención de la LORPM.

Finalmente, centraremos nuestra atención en el menor de edad como sujeto pasivo del delito y, a través de un análisis del Código Penal, destacaremos la protección reforzada otorgada en los distintos tipos delictivos.

# 1. EL TRATAMIENTO PENAL DE LA MINORÍA DE EDAD A LO LARGO DE LA HISTORIA

## 1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS A LA CODIFICACIÓN PENAL

A pesar de que a lo largo de la historia la minoría de edad se ha configurado como criterio eximente o atenuante de la responsabilidad penal, durante la mayor parte de la historia no ha existido un Derecho Penal exclusivo para menores. Las mismas sanciones y los mismos procedimientos eran aplicados tanto a adultos como a niños, sufriendo estos últimos brutales castigos y quedando desprotegidos en cuanto a derechos. Con el avance de las sociedades y el reconocimiento de los derechos de los menores, se desarrollan sistemas específicos más benévolos que tienen en cuenta su especial vulnerabilidad.

El reconocimiento y tratamiento de la minoría de edad como *status* jurídico diferente al del adulto es un planteamiento que ha estado presente en todas las etapas históricas del ordenamiento jurídico<sup>1</sup>. Cada civilización y cada época, en función de su grado de evolución, ha elaborado disposiciones más o menos desarrolladas de aplicación a los menores de edad delincuentes.

Así, mientras que en la época prerromana parece que se aplicó primariamente la justicia doméstica, en Roma con la Ley de las XII Tablas se optó por un sistema de graduación de las penas en función del tipo de delito y del estadio de responsabilidad en el que se encontrara el infractor<sup>2</sup>. Así, para un mismo delito mientras que al púber se le podía castigar con la pena capital y al impúber (*proximus infanti* o *proximus pubertati*) con una pena más benévola en atención a su grado de discernimiento, el *infans* gozaba de irresponsabilidad penal en la mayoría de los casos.

Contextualizando nuestro análisis ya en España, el Derecho penal medieval se configuró como un entremezclado de normas y costumbres faltos de organización y con influencias de distintas civilizaciones que convivían en el tiempo. En este sentido, sobre responsabilidad penal de los menores no es posible encontrar en los textos legales de la época más que disposiciones aisladas, confusas y entremezcladas con otros temas<sup>3</sup>. Es esencial el predominio del derecho patriarcal, de forma que la corrección de conductas y los castigos eran decididos por el *paterfamilias* alcanzando no en pocas ocasiones una crueldad hoy impensable.

No es hasta *Las Partidas de Alfonso X* (1256-1265) cuando se observa por primera vez cierta unidad legislativa en el Derecho penal medieval. Además, se sientan las bases del tratamiento de la responsabilidad penal de los menores mediante el establecimiento de edades por debajo de las cuales eran considerados irresponsables por no tener capacidad de dolo, salvo que el Juez considerase lo contrario e imputase un castigo. Así, existía irresponsabilidad penal: para el general de los delitos hasta los 10 años y medio; para los delitos de carácter sexual se entendía que el menor obraba más por instinto que por inteligencia y el límite de

---

<sup>1</sup> VIDAL HERRERO, María Sonsoles. *Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Hacia un "modelo social de responsabilidad" del menor infractor*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 30.

<sup>2</sup> *Infans* de 0 a 7 años; *proximus infanti* entre 7 y 10 años; *proximus pubertati* de 10 a 14 años en los hombres y de 10 a 12 años en las mujeres; púberes de 12 o 14 años a 25 años; y, mayores de 25 años.

<sup>3</sup> ALEMÁN MONTERREAL, Ana. "Reseña histórica sobre la minoría de edad penal". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, num. 11, 2007, p. 31.

irresponsabilidad se aumentaba hasta los 14 años para los varones y 12 años y medio para las mujeres. Por otro lado, a pesar de no existir precepto legal concreto que lo autorizase, en la práctica el Juez solía atenuar la pena para los mayores de 10 años y medio y menores de 17 años<sup>4</sup>. De esta forma, se consiguió limitar el poder ejercido por los padres y proteger a los menores de la dureza de los castigos.

Las normas penales que se aprobaron durante los siglos siguientes, con alguna excepción, conservaron la esencia de las Partidas y se respetó el límite de irresponsabilidad por debajo de los 10 años y medio y las atenuaciones en las penas hasta los 17 o 20 años<sup>5 6</sup>.

Los límites legales se vieron comprometidos por el arbitrio judicial característico de la Justicia penal de la Monarquía Absoluta puesto que al estar sujeta la interpretación judicial a un amplio margen de elasticidad, en no pocas ocasiones sufrieron los menores las mismas penas previstas para los adultos. No obstante, cabe decir que los procedimientos más crueles contra menores fueron los llevados a cabo por La Inquisición, que consideraban a los menores capaces de delinquir a los 6 o 7 años.

Además, los límites de edad no impedían que los jóvenes infractores fueran sometidos a tratos inhumanos, siendo quemados, azotados, arrastrados, ahorcados o descuartizados<sup>7</sup>. Las penas impuestas eran crueles, arbitrarias, desproporcionadas al delito cometido y con el único fin de la intimidación o prevención general<sup>8</sup>.

No podemos dejar de hacer referencia a disposiciones más benévolas en el tratamiento de menores infractores que coexistieron en esta época. Así, en ocasiones también se procuró su educación y reforma a través de instituciones como El Padre de Huérfanos (1337, Valencia) o los Toribios de Sevilla (1725, Sevilla), que acogían a los jóvenes delincuentes junto con menores desamparados o abandonados. No obstante, no fueron pocas las ocasiones en las que se llevaron a cabo también en estos establecimientos prácticas crueles e inhumanas que los convertían en meras simulaciones de respeto a la Ley en donde se facilitaba la propagación de la criminalidad entre lo más desfavorecidos.

En materia de jurisdicción penal de menores estas dos instituciones son consideradas como los antecedentes históricos previos a la aparición de la justicia penal específica en el primer tercio del siglo XX. El Padre de Huérfanos en sus comienzos dependía del Justicia Civil pero el Rey Don Martín I le concedió cierta independencia de forma que con el transcurso del tiempo llegó a convertirse prácticamente en un Juez penal, encargándose de los castigos de los propios menores. En lo referente a los Toribios de Sevilla, de carácter privado,

---

<sup>4</sup> VENTAS SASTRE, Rosa. *La minoría de edad penal*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 4 y ss.

<sup>5</sup> Tal y como establece VENTAS SASTRE, R. resulta cuanto menos curioso que, como veremos más adelante, estos límites sean superiores a los que se establecerían posteriormente en los primeros Códigos penales españoles del siglo XIX.

<sup>6</sup> JIMÉNEZ FORTEA, F. Javier. "La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España". *Rev. boliv. de derecho*, num. 18, 2014, p. 164.

<sup>7</sup> GRANADO PACHÓN, S. Javier. *El menor infractor: evolución jurídica y mitos del tratamiento jurídico-penal actual*. Huelva: Universidad de Huelva, 2016, pp. 77-78.

<sup>8</sup> VENTAS SASTRE, Rosa. *Ob. Cit.*, pp. 11-12.

adquirieron competencia correccional sobre los menores que acogían, configurándose como un claro antecedente de los centros de internamiento de menores<sup>9</sup>.

Ya en el reinado de Carlos III (1759-1788), la Justicia penal en España se caracterizaba por ser obsoleta, dispersa y confusa, con disposiciones normativas antiguas que no cubrían las necesidades sociales y penales de la época. En este sentido, era necesaria una profunda y urgente reforma que proporcionara unidad y certeza al sistema penal<sup>10</sup>.

## 1.2. LOS CÓDIGOS PENALES DEL SIGLO XIX

Con el triunfo de la Ilustración las propuestas codificadoras cogen fuerza y, aunque en España llegaron con cierto retraso, se consolidaron los principios que pusieron fin al cruel régimen que caracterizaba el enjuiciamiento de los menores en el siglo XVIII.<sup>11</sup>

Conviene precisar que en los Códigos Penales del siglo XIX se establecieron dos presunciones o criterios en materia de minoría de edad: el criterio biológico se establecía como presunción *iuris et de iure*, de forma que los menores de la edad establecida como límite eran irresponsables penalmente sin admitirse prueba en contrario; el criterio del discernimiento se establecía como presunción *iuris tantum* para un segundo segmento de edad donde la responsabilidad se condicionaba a la efectiva existencia del discernimiento según el pronunciamiento del juez<sup>12</sup>.

La fundamentación de este sistema es que los menores de cierta edad son considerados como inculpables por su propia condición. Por el contrario, las franjas de edad más elevadas presentan una culpabilidad disminuida respecto de la del adulto de la que se diferencia en la capacidad de discernimiento. Por ello, si existe discernimiento no hay exención de responsabilidad y se impondrá una pena que, aunque atenuada, es similar en todo a la de los adultos.<sup>13</sup> Como veremos más adelante, el hecho de que el menor quede sujeto al Derecho Penal de adultos con todas las consecuencias que ello conlleva será determinante en la crítica y término de este sistema.

### 1.2.1. El Código Penal de 1822

En 1822 se promulga el primer Código Penal en España como reflejo del cambio de época y expresión de las ideas del Antiguo Régimen y las reformas aportadas por la Ilustración. Influenciado también por las ideas del Código penal francés y de la Constitución de Cádiz de 1812, nace con una misión compiladora de las leyes penales omitiendo aquellas que estuvieran en desuso y evitando la “arbitrariedad, oscuridad o variación de costumbre, según la diferencia de los tiempos”<sup>14</sup>.

En lo que respecta a la materia objeto de nuestro estudio, en su artículo 23 declara la no responsabilidad penal de los menores de 7 años como presunción *iuris et de iure*. La fijación

---

<sup>9</sup> MARTÍN OSTOS, José de los Santos. *Jurisdicción penal de menores*. Lisboa: Editorial Juruá, 2016, pp. 23-24.

<sup>10</sup> GRANADO PACHÓN, S. Javier. *Ob. Cit.*, pp. 81 y ss.

<sup>11</sup> GRANADO PACHÓN, S. Javier. *Ob. Cit.*, pp. 81 y ss.

<sup>12</sup> VENTAS SASTRE, Rosa. *Ob. Cit.*, pp. 25 y ss.

<sup>13</sup> ALEMÁN MONTERREAL, Ana. *Ob. Cit.*, p. 39.

<sup>14</sup> ANTÓN ONECA, Jose. “Historia del Código Penal de 1822”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, num. 18, 1965, pp.53 y ss.

de la edad límite fue una cuestión polémica, criticándose por algunos sectores el que fuera demasiado baja. No obstante, se justificó en la adolescencia precoz en España que permitiría malicia y discernimiento en edades más tempranas<sup>15</sup>.

Para los infractores con edades entre los 7 y 17 años, se exige un análisis judicial del “discernimiento y malicia” con el que se ha obrado para decidir sobre su capacidad criminal y con ello su eventual responsabilidad penal. En otras palabras, existe una responsabilidad condicionada a la existencia de discernimiento.

Si no concurría ni discernimiento ni malicia no se le impondría ninguna pena al menor, que debía ser entregado a sus familiares (padres, abuelos, tutores o curadores) para ser sometido a sus cuidados y corrección. En defecto de estos y si la gravedad del delito y su edad adulta lo aconsejaban, el juez podría decretar el internamiento de los menores en una casa de corrección como máximo hasta los 20 años<sup>16</sup>.

Si por el contrario el Juez considera que han actuado con discernimiento y malicia se les podría imponer una pena, aunque rebajada, e ingresar en prisión<sup>17</sup>. Conforme a los artículos 64 y 65 la pena atenuada consistía en la cuarta parte a la mitad de la pena ordinaria señalada para el delito pero, en ningún caso, podría consistir en pena de muerte, trabajos perpetuos, deportación, presidio, obras públicas, infamia o destierro.

Finalmente, a partir de los 17 años los sujetos eran plenamente responsables penalmente aunque, según el artículo 107, la corta edad del delincuente y su falta de talento o de instrucción podían actuar como causas atenuantes.

### 1.2.2. El Código Penal de 1848

Como consecuencia de la reacción absolutista el Código Penal de 1822 desaparece en 1823 cuando Fernando VII anula todos los actos del gobierno constitucional, retomándose el sistema de la Novísima Recopilación, los Fueros y las Partidas. Tras tres intentos fallidos en los que los Proyectos de 1830, 1831 y 1834 no llegaron a buen puerto, hasta 1848 no se elaboró en España un nuevo Código Penal, de inspiración liberal-conservadora<sup>18</sup>.

Este texto legal elevó la edad de inimputabilidad hasta los 9 años en su artículo 8, equiparando el status jurídico de los menores de esta edad con el de los locos o dementes.

Entre los 9 años y los 15 años se establecía una presunción *iuris tantum* de responsabilidad, de forma que habría que atender a la decisión judicial que determinara si el menor había obrado con o sin discernimiento. Se considerará exento el menor con edad comprendida en este rango salvo que el Tribunal declare expresamente que actuado con discernimiento<sup>19</sup>. Si existió discernimiento, según el artículo 72 se le condenaba con una pena inferior al menos en dos grados a la señalada por la ley para el delito que hubiera cometido. Si por el contrario, no existía discernimiento, se declaraba inimputable y no cabía adoptar, a diferencia del

---

<sup>15</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *La privación de libertad de menores y los estándares internacionales*. Madrid: Editorial La Ley, 2018, p. 50.

<sup>16</sup> *Vid.* artículo 24.

<sup>17</sup> *Vid.* artículo 25.

<sup>18</sup> GRANADO PACHÓN, S. Javier. *Ob. Cit.*, pp. 91-92.

<sup>19</sup> SERRANO TÁRRAGA. *Legislación penal de menores en España*, p. 278. Citado por: MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 52.

Código Penal de 1822, ninguna medida de carácter correctivo<sup>20</sup>. Esto provocaba que los menores que no pudieran ser atendidos por los padres quedaran en una situación de desamparo, desapareciendo de este texto legal toda finalidad educadora<sup>21</sup>.

De manera novedosa, se introduce un nuevo segmento de responsabilidad atenuada entre los 15 y 18 años que suponía que la pena a aplicar debía ser inferior al menos en dos grados a la señalada en la ley para el delito que se hubiera cometido.

A partir de los 18 años, el sujeto infractor era plenamente responsable.

### **1.2.3. El Código Penal de 1870**

La Constitución liberal de 1869 provocó la necesidad de adecuar la legislación existente, promulgándose así el Código Penal de 1870 denominado como “el Código de las libertades” por su humanización en pro a los ideales mitigadores procedentes de la Ilustración<sup>22</sup>.

En lo referido a la edad penal permaneció intacto el sistema anterior, existiendo irresponsabilidad penal absoluta por debajo de los 9 años y responsabilidad condicionada a la existencia de discernimiento para los mayores de 9 años y menores de 15. Los mayores de 15 años quedaban sometidos a las normas del Código Penal pero el tener menos de 18 años se consideraba circunstancia atenuante y, en base al artículo 86, se castigaba con la pena inferior a la señalada en la Ley<sup>23</sup>.

La diferencia con respecto al Código anterior es que se reintrodujeron las medidas correctivas previstas en el de 1822 para los menores exentos de responsabilidad criminal, tanto para los menores de 9 años como para los mayores de 9 años y menores de 15 que hubieran obrado sin discernimiento<sup>24</sup>. De esta manera, su artículo 8.3 establecía que el menor que hubiera obrado sin discernimiento sería entregado a su familia para que esta se encargase de educarlos y vigilarlos, a falta de persona idónea, se internaría en un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados.<sup>25</sup> Cabe decir que a pesar de que el Código de 1822 también incluía estas medidas, sólo fue este Código el que verdaderamente aspiró o pretendió una finalidad educadora.

## **1.3. LOS CÓDIGOS PENALES DEL SIGLO XX**

Ya a finales del siglo XIX comienza a criticarse el criterio de discernimiento. En primer lugar, ninguno de nuestros Códigos Penales definía qué debía entenderse por discernimiento de forma que no existía acuerdo sobre cuál era su contenido. La jurisprudencia de la época tampoco suplió esta laguna y las definiciones facilitadas por los comentaristas no coinciden en muchas ocasiones<sup>26</sup>. En este sentido, por ejemplo no existía consenso en si bastaba con que el menor tuviera capacidad para conocer la inmoralidad del acto o si era necesario que pudiera conocer además su antijuricidad y punibilidad.

---

<sup>20</sup> JIMÉNEZ FORTEA, F. Javier. *Ob. Cit.*, p. 165.

<sup>21</sup> GRANADO PACHÓN, S. Javier. *Ob. Cit.*, p. 92.

<sup>22</sup> ANTÓN ONECA, José. *Ob. Cit.*, p. 237.

<sup>23</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 53.

<sup>24</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 52.

<sup>25</sup> ALEMÁN MONTERREAL, Ana. *Ob. Cit.*, p. 39.

<sup>26</sup> VENTAS SASTRE, Rosa. *Ob. Cit.*, pp. 109 -110.

Más allá de las deficiencias conceptuales, el discernimiento resultaba imposible de verificar en la práctica puesto que requería ahondar en las capacidades intelectivas del menor y comprobar su adecuación para comprender la trascendencia del acto ilícito, lo que se traducía en arbitrariedad judicial debido al escaso conocimiento sobre las ciencias psicológicas y psiquiátricas.

Por otro lado, a mayores de las dificultades teóricas que presenta el discernimiento, se produce una transformación en la actitud punitiva frente a los menores delincuentes. Hasta ahora, el menor con capacidad de discernimiento formaba parte del engranaje penal general como sujeto de penas que, aunque atenuadas, eran similares a las de los adultos. Su vulnerabilidad se veía reforzada al ser sometido a realidades crueles que superaban sus anteriores vivencias lo que hacía prácticamente imposible su reconducción, educación y reforma.

El cambio de mentalidad unido a un gran incremento de la delincuencia juvenil provocó que el criterio penal-retributivo fuera sustituido por un criterio social y protector. En aras de prevenir la delincuencia juvenil, se intentan determinar las causas de esta clase de delincuencia y se afianza la idea de la necesidad de un tratamiento corrector en lugar de uno represor. Fue en este escenario ideológico cuando comenzó el estudio científico de la minoría de edad, se aprobaron las primeras leyes tutelares y surgieron los primeros órganos y procedimientos específicos para menores.<sup>27</sup>

Por todo ello, en los Códigos Penales del siglo XX se sustituye el criterio del discernimiento por el cronológico o biológico puro, que establece una edad fija de forma que por debajo se es irresponsable y por encima plenamente responsable. Se establece como una presunción iuris et de iure que no permite prueba en contrario. Así, se dota al sistema de mayor seguridad jurídica y se termina con la clásica distinción entre un periodo de exención de responsabilidad penal absoluta y un periodo de exención relativa, condicionada a la existencia de discernimiento<sup>28</sup>.

Con el criterio biológico-cronológico, el incremento en seguridad jurídica viene acompañado necesariamente del olvido del proceso evolutivo del sujeto concreto. Su principal crítica, por tanto, reside en la dificultad de determinar una edad general a partir del cual se entiende que los individuos adquieren naturalmente las capacidades intelectivas y volitivas necesarias para comprender qué significa e implica delinquir<sup>29</sup>.

### **1.3.1. El Código Penal de 1928**

El primer Código Penal de este siglo fue el aprobado en 1928 bajo la dictadura militar de Primo de Rivera, siendo la primera Ley criminal que de manera aparente<sup>30</sup> suprime el criterio del discernimiento y lo sustituye por el biológico-cronológico. Se establecen así los 16 años como límite por debajo del cuál existe irresponsabilidad absoluta y no se pueden imponer penas, quedando los menores sometidos a la jurisdicción de los Tribunales Tutelares de menores y a las sanciones y procedimientos previstos en la legislación reguladora de estos

---

<sup>27</sup> JIMÉNEZ FORTEA, F. Javier. *Ob. Cit.*, p. 162.

<sup>28</sup> VENTAS SASTRE, Rosa. *Ob. Cit.*, pp. 29 y ss.

<sup>29</sup> GRANADO PACHÓN, S. Javier. *Ob. Cit.*, p. 92.

<sup>30</sup> En palabras de VENTAS SASTRE, Rosa el abandono del criterio del discernimiento será más aparente que real y creará un régimen jurídico dual y discriminatorio. *Vid. Ob. Cit.*, p. 29 y pp. 145 y ss.

Tribunales<sup>31</sup>. Los jóvenes de entre 16 y 18 años quedaban sometidos a los Tribunales Ordinarios que impondrían, en todo caso, la pena atenuada en un grado.

Como decíamos, se trata más bien de un abandono aparente del criterio de discernimiento puesto que los mayores de 9 años y menores de 16 años que hubieran cometido el delito en un lugar que no alcanzara a la jurisdicción de un Tribunal de menores, serían enjuiciados por los Tribunales ordinarios existiendo irresponsabilidad únicamente si los jóvenes habían obrado sin discernimiento<sup>32</sup>. De esta manera, en estos supuestos el criterio biológico operaba únicamente para los menores de 9 años.

### **1.3.2. El Código Penal de 1932**

La consolidación del criterio biológico aparece con el Código Penal de 1932 que surgió como adaptación a la constitución republicana de 1931. En este texto se mantiene la exención de responsabilidad para los menores de 16 años y se establece una atenuación en uno o dos grados para los menores de entre 16 y 18 años.

Se termina de manera definitiva con el criterio del discernimiento puesto que por debajo de los 16 años se excluye toda responsabilidad penal, sin exigirse ninguna clase de prueba de discernimiento. En este sentido, se sustituye la discriminación jurídico-penal del anterior Código estableciendo que en las provincias en las que no existan Tribunales de menores, el juez se ajustaría a la ley y procedimiento propio de menores que hubiera resultado de aplicación, ordenando el internamiento de los menores infractores en una institución de protección en caso de que resultara necesario.

### **1.3.3. El Código Penal de 1944**

El Código penal de 1932 se mantiene una vez entrado el Régimen franquista por lo que sufrió constantes reformas basadas en el nacional-catolicismo y el poder militar del Estado para adaptarlo al nuevo sistema totalitario<sup>33</sup>.

Finalmente, en 1944 se promulgó un nuevo Código Penal mucho más severo en sus penas pero que en materia de menores respetó el límite de 16 años en el artículo 8.2 y la atenuación de la pena en uno o dos grados para los mayores de 16 y menores de 18 años permitiéndose sustituir esta pena por el internamiento en una Institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable aunque, sin embargo, esta institución nunca llegó a crearse<sup>34</sup>.

Como novedad, en el párrafo segundo del artículo 8.2, se introduce una declinatoria de competencia otorgada a la jurisdicción de menores en relación con mayores de 16 años que hubieran cometido un hecho delictivo antes de haber cumplido esta edad. La jurisdicción de menores podía declinar su competencia por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del delito o que por las circunstancias concretas del menor no resultara conveniente la aplicación de medidas puramente reformativas de estos Tribunales. En estos supuestos se confiará el menor a la Autoridad gubernativa para que este adopte las medidas

---

<sup>31</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 55.

<sup>32</sup> GRANADO PACHÓN, S. Javier. *Ob. Cit.*, p. 92.

<sup>33</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “Derecho represivo en España durante los periodos de guerra y posguerra (1936-1945)”. *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 3, 1981.

<sup>34</sup> VENTAS SASTRE, Rosa. *Ob. Cit.*, pp. 163 y ss.

de seguridad que la legislación autorice<sup>35</sup>. Esta disposición fue duramente criticada puesto que, por un lado la legislación no regulaba ninguna medida específica a aplicar por la Autoridad gubernativa y, por otro lado suponía una vulneración del principio de jurisdiccionalidad penal que impide la imposición de sanciones de carácter penal por parte de la Administración<sup>36</sup>.

#### 1.3.4. El Código Penal de 1973

En 1973 se promulgó el siguiente Código Penal español, que mantiene el criterio biológico-cronológico y los siguientes segmentos de edades: como presunción *iuris et de iure* todo menor de 16 años era inimputable y carecía de responsabilidad penal<sup>37</sup> equiparándose su situación a la de quienes sufrían enajenación mental o alteraciones en la percepción; de 16 a 18 años los menores tenían capacidad penal disminuida y atenuación de la pena en uno o dos grados<sup>38</sup>; los mayores de 18 años tenían plena capacidad penal aunque no plena capacidad civil, que se determinaba a los 21 años.

#### 1.3.5. La Constitución Española de 1978 y sus efectos

La transición a la democracia y la promulgación de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) supusieron un cambio trascendental en la legislación aplicable a los menores infractores.

En primer lugar, la concepción de las anteriores constituciones que asimilaba al menor con el incapaz o le vinculaba con la limitación de derechos desaparece. Por primera vez en un texto constitucional se le reconoce como persona, sujeto de derechos específicamente tutelados y de deberes. La protección de los niños se establece como principio rector de la política social en el Capítulo III del Título I y como objetivo final de la protección a la familia<sup>39</sup>.

En segundo lugar, el artículo 25 CE consagra el principio de legalidad y establece que el fin último de las penas y medidas de seguridad son la reeducación y la reinserción social.

Además, la CE en sus artículos 10.2 y 39.4 acerca nuestra legislación a las últimas directrices internacionales que durante los años 60 comenzaron a preocuparse acerca de la protección de los menores, como la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 como precursora de la defensa del interés superior del niño que debe informar siempre la legislación de menores<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 60.

<sup>36</sup> VENTAS SASTRE, Rosa. *Ob. Cit.*, pp. 167 y ss.

<sup>37</sup> *Vid.* artículo 8.2.

<sup>38</sup> El artículo 9.3 considera como causa atenuante ser menor de 18 años y el artículo 65 determina que al mayor de 16 y menor de 18 se le aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley pudiéndose sustituir, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, por el internamiento por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección.

<sup>39</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. “La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 39, 1986, pp. 1 a 3.

<sup>40</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*. Alcalá de Henares, 2011, p. 414.

### 1.3.6. El Proyecto de Código Penal de 1980

Ante el cambio de régimen político la necesidad de elaborar un nuevo Código Penal que se adaptara, más que a la CE de 1978, a la Democracia era inminente<sup>41</sup>.

A tal efecto se elaboró el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 que redujo la minoría de edad penal a los 15 años<sup>42</sup> justificándolo en que, a pesar de la arbitrariedad intrínseca del propio criterio, la capacidad psíquica se adquiría antes que en tiempos pasados y en que resultaba justo anticipar la capacidad jurídico-penal a la mayoría de edad civil en base a la creciente peligrosidad criminal de los menores de aquel momento y a la utilización del mismo criterio por los países del entorno<sup>43</sup>.

Además, al mayor de 15 años y menor de 18 se le aplicará la pena inferior en grado a la señalada en la Ley<sup>44</sup>, pudiendo decidir los Tribunales sustituir la pena de prisión del mayor de 15 años y menor de 21 por el internamiento en un centro de rehabilitación social por periodo indeterminado hasta conseguir su corrección, aunque sin superar los 10 años.

Este Proyecto, que en palabras de VENTAS SASTRE<sup>45</sup> hubiera supuesto la represión y el control de los menores y jóvenes infractores, sufrió una paralización parlamentaria no pudiendo ser aprobado.

### 1.3.7. La Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983

En 1983 se elaboró la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal que en su artículo 22 declaraba exento de responsabilidad criminal al menor de 18 años.

La Disposición Final Segunda establece que en un plazo de seis meses debería elaborarse un Proyecto de Ley sobre Derecho penal juvenil, lo que podemos considerar como la primera tentativa de crear un Derecho penal de menores y la posible explicación de por qué no se establecieron segmentos de edades más allá de los 18 años<sup>46</sup>.

Ante las críticas sobre el largo tiempo de duración del internamiento del anterior Proyecto, el artículo 99 establece para los mayores de 18 y menores de 21 la posibilidad de sustituir la pena de prisión por el internamiento en un centro reeducador por un tiempo condicionado a la duración de la pena y en todo caso no superior a 4 años<sup>47</sup>.

### 1.3.8. El Proyecto de Código Penal de 1992

Por último, el Proyecto de 1992 vuelve a variar la minoría de edad penal en su artículo 19.3, reduciéndola a los 16 años. Se establece como circunstancia atenuante el ser menor de 18 años pero, a diferencia del anterior Proyecto, no se establece un Derecho penal juvenil que determine las consecuencias jurídicas de los mayores de 16 años y menores de 18<sup>48</sup>.

---

<sup>41</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*. Madrid: Civitas, 1996, p. 259.

<sup>42</sup> *Vid.* artículo 26.

<sup>43</sup> *Vid.* memoria explicativa del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980, p. 10.

<sup>44</sup> *Vid.* artículo 27.

<sup>45</sup> VENTAS SASTRE, Rosa. *Ob. Cit.*, p. 190.

<sup>46</sup> VENTAS SASTRE, Rosa. *Ob. Cit.*, pp. 192 y ss.

<sup>47</sup> GRANADO PACHÓN, S. Javier. *Ob. Cit.*, p. 184.

<sup>48</sup> VENTAS SASTRE, Rosa. *Ob. Cit.*, pp. 202 y ss.

#### 1.4. LA MINORÍA DE EDAD EN EL DERECHO ACTUAL

Finalmente, el 23 de noviembre de 1995 por la Ley Orgánica 10/1995 se aprueba el actual Código Penal como adaptación definitiva a los nuevos valores constitucionales y con él se crean las bases para el desarrollo legislativo de un Derecho penal de menores específico, independiente del de adultos.

Concretamente, su artículo 19 establece que “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”. Se separa la regulación de la eximente de la edad (artículo 19) del resto de catálogo de exenciones (artículo 20), diferenciando claramente el status jurídico del menor.

La edad penal se establece en 18 años, siguiendo un criterio biológico-cronológico puro, fijando dicha edad como el límite a partir del cual el sujeto responde plenamente de sus actos delictivos. Por debajo de dicha edad, el menor podrá ser responsable de los hechos que cometa pero únicamente con arreglo a la Ley que regule la responsabilidad penal del menor. Por tanto, el tratamiento será distinto del régimen dispensado a los adultos, lo que afectará tanto al ámbito sustantivo como al procesal y al penitenciario<sup>49</sup>.

Por otro lado, el artículo 69 del Código Penal permite que al mayor de 18 años y menor de 21 que cometa un hecho delictivo se le pueda aplicar la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor en los casos y requisitos que esta establezca. Cabe decir que en realidad este artículo prácticamente ha carecido de aplicación práctica puesto que el artículo 4 de la LORPM cambió radicalmente su redacción por la LO 8/2006, desapareciendo los supuestos de aplicación de la Ley a menores de entre 18 a 21 años.

La inexistencia de la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor a la entrada en vigor del Código hizo necesario establecer un régimen transitorio que consistía en el sistema previsto en el Código Penal de 1973. A tal efecto, por un lado la Disposición Final Séptima excluía al artículo 19 de la entrada en vigor “hasta tanto adquiriera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto” y por otro lado la Disposición Derogatoria Única, número 1.a) excluyó de la derogación del anterior Código de 1973 entre otros preceptos los relativos a la minoría de edad penal.

Recordamos que de acuerdo al sistema del Código Penal de 1973 los menores de 16 años eran inimputables penalmente, los mayores de 16 años y menores de 18 años gozaban de la atenuación de la pena en uno o dos grados y a partir de los 18 años se tenía plena capacidad penal.

---

<sup>49</sup> GRANADO PACHÓN, S. Javier. *Ob. Cit.*, p. 186.

## 2. LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA DEL MENOR

### 2.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Como acabamos de ver, la minoría de edad se ha tenido en cuenta a lo largo de la historia como criterio para atenuar o eximir la responsabilidad penal. No obstante, la creación de una jurisdicción especializada separada de la ordinaria no surge hasta finales del siglo XIX.

En efecto, en 1899 en Chicago se creó el primer Tribunal de menores, el “Tribunal para Jóvenes del Condado de Cook”. Esta nueva institución se difundió rápidamente por el resto de EEUU y posteriormente llegó a Europa: Inglaterra (1908), Italia (1909), Portugal (1911) ..., y finalmente en 1920 se implantó en España<sup>50</sup>.

Los principios de este primer Children Court eran la especialización del tribunal, la anulación de la cárcel para los niños y las medidas de corte educativo y reformador (incluyendo la libertad vigilada).

#### 2.1.1. La Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 y sus posteriores reformas

A comienzos del siglo XX existía un amplio consenso social y político acerca de la necesidad de los Tribunales para niños. No obstante, la inestabilidad política y las reticencias por parte de los gobiernos para consignar las partidas presupuestarias necesarias provocaron retrasos en la aprobación de estos tribunales<sup>51</sup>.

Así, el 2 de agosto de 1918 se publica la Ley de Bases o Ley Montero Ríos que autorizaba al Gobierno para publicar una ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños, con arreglo a las bases que se publican (Gaceta de Madrid nº 227, de 15 de agosto de 1918), y el 25 de noviembre del mismo año se aprueba el Decreto-Ley sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales para Niños. Esta legislación abrió las puertas por primera vez a una jurisdicción especial para el enjuiciamiento de los menores con competencias para el conocimiento de los delitos y faltas cometidos por menores de 15 años.

El Tribunal era un órgano colegiado formado por un juez de primera instancia que lo presidía y por dos vocales que eran designados por la Junta Provincial de Protección a la Infancia. Ninguno de los cargos recibía retribución y el Secretario era uno de los del Juzgado de Primera instancia. Los Tribunales se incorporaban al Consejo Superior de Protección a la Infancia<sup>52</sup>.

El primer Tribunal Tutelar de Menores surgió en Bilbao en 1920 pero la creación sucesiva en las distintas ciudades españolas siguió un ritmo lento debido en gran parte a la necesidad

---

<sup>50</sup> MARTÍN OSTOS, José de los Santos. *Ob. Cit.*, pp. 21 y 22.

<sup>51</sup> La legislación anterior en materia de protección a la infancia era la Ley de 12 de agosto de 1904 sobre protección a la infancia (comúnmente conocida como “Ley Tolosa”) que, basada en la Ley francesa de 1874 (“Ley Roussel”), aspiraba a la protección de la salud física y moral del niño de hasta 10 años. Se creó el Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad como organismo estatal para responder a las necesidades de la infancia abandonada y evitar la mortalidad infantil. MONTERO HERNANZ señala que la protección no se abordaba desde la delincuencia de niños ni se evitaba su ingreso en prisión y por tanto, se hacía necesaria la creación de una Ley de justicia juvenil que, al igual en el resto de estados, introdujese en España el modelo tutelar o de protección de menores. *Vid.* MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 72.

<sup>52</sup> GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Montserrat. “Los Tribunales para Niños. Creación y Desarrollo”. *Historia de la Educación*, núm. 18, 1999, p. 116

de que existiera previamente en la ciudad en cuestión un establecimiento especial para la educación de la infancia abandonada y delincuente. De esta manera, hasta 1954 -cuando se creó el Tribunal para niños en Segovia- no se consiguió la implantación total de este sistema de protección, creándose cierta desigualdad a nivel territorial puesto que los menores residentes en localidades donde no existían Tribunales tutelares de menores seguían siendo enjuiciados por los Tribunales comunes conforme al régimen del Código Penal<sup>53</sup>.

Las sesiones del Tribunal no eran públicas y se prohibía la publicación de los retratos de los menores enjuiciados. En referencia a las medidas que se podían imponer, se preveía dejar al menor al cuidado de su familia, entregarlo a otra persona o a una sociedad tutelar, o ingresarlo por tiempo determinado en un establecimiento benéfico de carácter particular o estatal<sup>54</sup>.

El procedimiento regulado por la Ley era muy parco y se caracterizaba por su brevedad y ausencia de formalismos. Puesto que no se trataba de imponer penas, sino de proteger a los menores, la demostración de la comisión del delito no era una cuestión esencial<sup>55</sup>. Estos Tribunales no se sometían a las normas procesales comunes, limitándose a lo indispensable para la averiguación de los hechos.

La competencia de los Tribunales sobrepasaba la penal, alcanzando también las materias civiles y administrativas de los menores de 15 años con una finalidad predominantemente educadora, reformativa, tutelar y preventiva.

En definitiva, la regulación contenida en esta primera Ley se acoge al modelo tutelar o de protección de los menores infractores que pervivirá al menos hasta la aprobación de la Constitución Española de 1978. A los menores de edad delincuentes se los considera como víctimas o seres enfermos a los que se ha de proteger y por ello las sanciones deben buscar graduar su peligrosidad y su reeducabilidad. Se sustituye el sistema penal propio de los adultos por uno propio para los menores con un espíritu puramente tutelar y protector y así, se aboga por su no inserción en las cárceles en donde predomina un ambiente desfavorecedor para su corrección. Además, se apartará a los jóvenes de su medio familiar y social, que es considerado nocivo y, consecuentemente, el reformatorio se convertirá en la pieza clave del sistema reformador<sup>56</sup>.

A esta primera Ley le sobrevinieron cambios con el Decreto-Ley sobre la organización y atribuciones de los Tribunales Tutelares para niños de 15 de julio de 1925 que cambió la denominación de “Tribunales especiales para niños” a “Tribunales Tutelares para niños”. Se sustituyó la figura del Presidente del Tribunal que ya no tenía que ser un juez en carrera. Con este Decreto-Ley pasamos a hablar de Presidentes de vocación social que no tenían por qué ser licenciados en Derecho.

Con el Decreto-Ley de 3 de febrero de 1929, que adapta la norma al Código Penal de 1928, los Tribunales pasaron a denominarse “Tribunales Tutelares de Menores”. Con esta última norma se extendió además la competencia de los Tribunales a los supuestos contenidos en

---

<sup>53</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Vicente. “Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España”. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, num. 84, 2002, p. 7 y ss.

<sup>54</sup> El ingreso en un establecimiento del Estado estaba no obstante limitado para aquellos supuestos en los que el menor hubiera obrado con discernimiento

<sup>55</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. “Proceso histórico en el tratamiento de los menores infractores en España: de la punición a la educación”. *Indivisa, Bol. Estud. Invest.*, num.5, 2004, p. 209

<sup>56</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Delincuencia Juvenil*. Madrid: Editorial Dynkinson, S.L., 2019, pp. 361 y ss.

el artículo 1 de la Ley de Vagos; esto es, a los menores de 16 años que se dedicaran a la prostitución o vagabundear siempre que requirieran de la facultad reformadora del Tribunal<sup>57</sup>.

En referencia a la edad de los menores enjuiciados por estos Tribunales, se aumentó hasta los 16 años con la reforma de 1925 (en consonancia con el Código Penal de ese mismo año). Con la reforma de 1929 se les permitió además conocer de determinadas faltas cometidas por mayores de 16 años, adquiriendo la jurisdicción un carácter represivo y no educativo y reformador como en el caso de los menores de 16 años<sup>58</sup>.

### **2.1.2. Las normas de la II República**

Con la llegada de la II República se produjo en términos generales una profunda revisión de la normativa anterior. En lo que respecta a nuestra materia objeto de estudio, se aprobó el Decreto de 16 de junio de 1931 que aunque modificó ciertos aspectos no supuso una alteración sustancial con respecto del régimen anterior a 1929.

En este periodo se paralizó la creación de Tribunales en las distintas ciudades españolas a la espera de comprobar los resultados de la implantación a modo experimental de un único Juez retribuido en el Tribunal Tutelar de Menores de Madrid. A pesar de que la valoración por parte del Consejo Superior fue positiva, no prosperó su implantación en el resto de ciudades, quedando reducido este nuevo sistema únicamente a la capital de la República<sup>59</sup>.

En relación de la competencia de los Tribunales para el enjuiciamiento de prostitutas y vagabundos, la Ley contra Vagos y Maleantes de 1933 amplía la jurisdicción a los jóvenes de hasta 18 años en los que concurrían las circunstancias anteriormente descritas<sup>60</sup>.

### **2.1.3. La Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1940**

Una vez que la guerra civil finalizó, durante el Gobierno del General Franco la Ley de 13 de diciembre de 1940 procedió a eliminar las modificaciones que se hicieron durante la II República, restaurando de manera casi original el articulado de la Ley y el Reglamento de 1929.

Las competencias de los Tribunales comprendían tres facultades distintas: reformadora, represiva y protectora. La facultad reformadora tenía carácter educativo y tutelar (y no represivo) y alcanzaba a los delitos o faltas cometidos por los menores de 16 años calificados como tal por el Código Penal o leyes especiales; a las infracciones cometidas por menores de 16 años recogidas en los Estatutos o Leyes provinciales o municipales; y a los menores de 16 años prostituidos, vagos y vagabundos si a juicio del Tribunal requerían el ejercicio de su facultad reformadora. La finalidad represiva, que tenía carácter represivo, alcanza a determinadas faltas cometidas por mayores de 16 años. Finalmente, la facultad protectora tenía como contenido la protección jurídica de los menores de 16 años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. *Ob. Cit.*, pp. 207 y ss.

<sup>58</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 80.

<sup>59</sup> GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Montserrat. *Ob. Cit.*, p. 118.

<sup>60</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. *Ob. Cit.*, p. 208.

<sup>61</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 83.

#### **2.1.4. La Ley de Tribunales de Menores de 1948 y crisis del modelo tutelar**

Se sucedieron una serie de modificaciones parciales que restaban unidad al Tribunal, lo que provocó que por Decreto de 11 de junio de 1948 se aunara en un único texto legal la Ley, el Reglamento para su ejecución y el Estatuto de la Unión Nacional de los Tribunales. Esta reforma no supuso una gran variación en el contenido, similar al de 1940, y siguió respondiendo al modelo de justicia tutelar o protector de menores.

En un intento por aglutinar todo lo referente a menores por estos Tribunales, pasaron a conocer también de ciertas faltas cometidas por adultos en los que los sujetos pasivos eran los menores. Lógicamente, la doctrina criticó duramente esta medida puesto que la razón de ser de estos Tribunales eran ofrecer una función tuitiva-educativa a los menores y por ende, era cuanto menos incongruente extender su competencia a delitos cometidos por adultos en donde la función debía ser meramente represiva.<sup>62</sup>

El modelo tutelar o protector de menores contenido en estas Leyes con el paso del tiempo se hizo insostenible. Como ya hemos mencionado, los menores eran merecedores de especial protección por ser considerados como “desviados” o seres incapaces y enfermos. Puesto que el Tribunal Tutelar era el encargado de proteger al menor, nos encontramos con un Tribunal que instruía, acusaba, resolvía y ejecutaba, sin que tuvieran cabida Abogados ni Fiscales. Del mismo modo, al no tratarse de un auténtico proceso jurisdiccional al que se aplicaban las normas procesales comunes, no se consideraba necesario aplicar al menor ninguna garantía procesal<sup>63</sup>.

Este modelo de justicia entra en crisis en gran parte de Europa tras la segunda guerra mundial con la aparición del Estado de Bienestar, apostándose en cambio por el llamado “modelo educativo”. En este nuevo modelo -que en España pasó más bien inadvertido pero que tuvo gran implantación en los países nórdicos- prevalece la búsqueda de soluciones extra-judiciales con un importante carácter educativo, evitándose así en la medida de lo posible que la justicia penal tenga aplicación sobre los menores de edad. El internamiento evoluciona para configurarse en este modelo como un recurso a utilizar únicamente excepcionalmente, puesto que se intenta en la medida de lo posible no alejar al menor de su familia<sup>64</sup>.

#### **2.1.5. La Constitución Española de 1978**

En 1978 se aprueba la Constitución Española, lo que sin duda afecta al devenir de los Tribunales Titulares de menores puesto que la legalidad de muchos de los preceptos de la legislación vigente hasta el momento se pone en entredicho. Nuestra norma suprema del ordenamiento jurídico establece una concepción de Estado diferente, unos principios que deben informar todo el ordenamiento jurídico español y unos derechos que han de ser respetados tanto por los ciudadanos como por los poderes públicos<sup>65</sup>.

En materia de justicia de menores a pesar de que no se establecía la derogación expresa de la Ley de Tribunales Tutelares de menores, esta se podía entender derogada tácitamente en base

---

<sup>62</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. *Ob. Cit.*, p. 209.

<sup>63</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. *Ob. Cit.*, p. 209.

<sup>64</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 368

<sup>65</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. *Ob. Cit.*, p. 210.

a la Disposición Derogatoria 3 que afectaba a las disposiciones que se opusieran a lo establecido en la Constitución<sup>66</sup>.

Como ya hemos comentado, en la Ley de Tribunales de Menores de 1948 el procedimiento no se sometía a las normas procesales vigentes para los demás órganos jurisdiccionales, lo que otorgaba amplia discrecionalidad al Presidente o Juez pudiéndose ir en contra de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE. Por otro lado, se denunció también la vulneración del principio de igualdad ante la Ley del artículo 14 CE debido a las desigualdades en la aplicación de la Ley entre los distintos Tribunales Tutelares de Menores y al hecho de que en ocasiones la aplicación del sistema de garantías jurídicas en los menores infractores resultara de peor condición que para los mayores<sup>67</sup>.

La concepción del menor infractor predominante hasta ahora como sujeto enfermo necesitado de protección era contraria a la concepción constitucional del menor como sujeto merecedor de plenos derechos. También era contraria al principio de especial protección a la infancia del artículo 39 CE. Además, el artículo 10 CE dispone que la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas en la Constitución se hará conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los acuerdos internacionales ratificados por España.

El artículo 25.1 CE que configura el principio de legalidad hacía cuestionable el hecho de que los Tribunales Tutelares de Menores aplicaran las mismas medidas de seguridad siguiendo el mismo procedimiento y consecuencias tanto a los menores vagos, prostituidos o maleantes como a los menores delincuentes puesto que el primer grupo no había llevado a cabo ninguna conducta delictiva.

No obstante, la mayor problemática se presentaba en relación con el respeto de los derechos fundamentales en relación con las garantías procesales de los menores infractores del artículo 17 CE y especialmente en relación con el artículo 24 CE. En este sentido podemos citar que las resoluciones de los Tribunales Tutelares de Menores, denominadas acuerdos, no requerían de motivación; el Presidente o Juez podía modificar las resoluciones adoptadas anteriormente en cualquier momento y no se permitía la intervención de Abogado. También se veían infringidos el derecho a un proceso público con todas las garantías; el derecho a ser informado de la acusación etc. Sin embargo, dado que el procedimiento de los Tribunales de Menores no se configuraba como un verdadero proceso jurisdiccional la principal duda que se planteó es la necesidad de reconocer estos derechos a estos procedimientos.

En este contexto, la necesidad de una nueva ley de menores era urgente y de hecho, la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ) en su Disposición Adicional Primera obligaba al Gobierno a remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año -plazo que claramente fue incumplido- el proyecto de reforma de la legislación tutelar de menores. Con la publicación de esta Ley, desaparecen los Tribunales Tutelares de Menores integrándose en España por primera vez dentro de la jurisdicción ordinaria los Juzgados de Menores<sup>68</sup>.

El artículo 96 LOPJ en su versión original establecía que “en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante, cuando

---

<sup>66</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 88.

<sup>67</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. *Ob. Cit.*, p. 210.

<sup>68</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás, *Ob. Cit.*, p. 90

el volumen de trabajo lo aconseje podrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma”.

A su vez el artículo 97 LOPJ se refiere a las atribuciones de los Jueces de Menores de manera bastante amplia, sin especificar si se han de encargar al igual que los Tribunales Tutelares de Menores de todas las funciones relativas a los menores incluyendo las facultades de protección, o si, por el contrario sólo deben encargar de los delitos y faltas cometidas por los menores de edad<sup>69</sup>.

A través de la Ley de 11 de noviembre de 1987, que modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores se suprimió la función de protección de los Juzgados de Menores que pasó a ser competencia de las entidades públicas que tuvieran encomendada la tutela de menores en el territorio respectivo<sup>70</sup>. De esta manera, a partir de esta Ley sólo tendrían asignadas las facultades de reforma o corrección pero no las protectoras.

Asimismo, la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y de planta judicial en su artículo 61.1 en su versión original establece que “los Juzgados de Menores tendrán la competencia que reconoce a los Tribunales Tutelares de Menores la legislación vigente”. Además, según su apartado segundo “los asuntos pendientes ante el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, así como los recursos que se interpongan, serán resueltos por la Audiencia Provincial a la que corresponda por razón del territorio”.

#### **2.1.6. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991**

Los Tribunales Tutelares de Menores trataron de adecuar y adaptar su actuación reconociendo a los menores los derechos y garantías recogidas en el texto constitucional. No obstante, pronto surgieron grandes discrepancias en la aplicación de la legislación de menores entre los Tribunales de distintos territorios que llevaron a los agentes jurídicos plantearse de forma crítica las bases ideológicas y legales en las que se asentaban estos Tribunales<sup>71</sup>.

Ante esta situación de gran inseguridad jurídica, el 31 de mayo de 1988 el Tribunal Tutelar de Menores de Tarragona interpuso una cuestión de inconstitucionalidad -seguida por otras cuatro planteadas durante los meses de febrero a agosto de 1990- contra el Texto Refundido de 1948, que seguía siendo la legislación vigente en aquel momento. Como elemento coincidente, todas ellas solicitaban la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 del Real Decreto por contravenir tanto normas internacionales como preceptos de la CE<sup>72</sup>.

Por Auto de 29 de octubre de 1990, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó acumular todas las cuestiones, que se resolvieron en la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero de 1991.

En esta Sentencia pone aún más de manifiesto “la imperiosa necesidad de una pronta reforma legislativa en esta materia” puesto que se crea un vacío legal tras la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares

---

<sup>69</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. *Ob. Cit.*, p. 213.

<sup>70</sup> JIMÉNEZ FORTEA, F. Javier. *Ob. Cit.*, p. 177.

<sup>71</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. *Ob. Cit.*, p. 212.

<sup>72</sup> JIMÉNEZ FORTEA, F. Javier. *Ob. Cit.*, p. 174.

de Menores de 1948<sup>73</sup> por excluir la aplicación de las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones. De igual manera, declaró constitucional el artículo 16<sup>74</sup> siempre y cuando se interpretara con el sentido y alcance previsto en el Fundamento Jurídico Séptimo<sup>75</sup>.

### **2.1.7. La Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores**

Como consecuencia del vacío legislativo tras la declaración de inconstitucionalidad del citado artículo, el 5 de junio de 1992 se aprobó por reforma urgente la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (LOCPJM).

Como se advierte de la lectura de su Exposición de Motivos, esta Ley tenía el carácter únicamente de reforma urgente y parcial de la legislación de menores, que debería ser objeto de reformas legislativas posteriores. A pesar de esta anunciada provisionalidad y de que la reforma únicamente adaptaba el Decreto de 1948 al fallo del Tribunal Constitucional sin constituir una nueva y reformada legislación que derogase completamente la anterior, esta Ley se mantuvo en el tiempo durante 8 años más. Y es que aunque afectara únicamente a varios preceptos del Decreto de 1948, la reforma fue de gran calado, pudiéndose afirmar que en realidad se configuró un nuevo proceso al que se incorporaron los derechos y garantías del ordenamiento constitucional.

Una de las principales novedades de esta Ley es la atribución al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación y la iniciativa procesal, justificándolo en la Exposición de Motivos en la necesidad de que quedara preservada la imparcialidad del juzgador. Además, se le

---

<sup>73</sup> El artículo 15 (Decreto 11 de junio de 1948) contemplaba el siguiente texto literal: “En los procedimientos para corregir y proteger a menores, las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse. Las decisiones de estos Tribunales tomarán el nombre de acuerdos, y la designación del lugar, día y hora en que han de celebrarse sus sesiones será hecha por el Presidente del respectivo Tribunal. Los locales en que actúen los Tribunales de Menores no podrán ser utilizados para actos judiciales”.

<sup>74</sup> El artículo 16 (Decreto 11 de junio de 1948) contemplaba el siguiente texto literal: “Los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal o en Leyes especiales que se atribuyan a los menores de dieciséis años serán apreciados por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores las hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código Penal y en las mencionadas Leyes especiales”.

<sup>75</sup> El Fundamento Jurídico Séptimo de la STC 36/1991 establecía que el artículo 16 debe ser entendido como una prohibición de que se utilice el catálogo de circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad puesto que los menores son imputables penales. No obstante, no implica que la discrecionalidad del Juez en la calificación de los hechos sea absoluta, que estará limitada en todo caso por la tipificación contenida en la legislación penal transgredida y, en caso contrario se estaría yendo en contra del artículo 25.1 CE y el principio de legalidad. Este equilibrio entre flexibilidad y limitaciones además se ve reflejado también en el ámbito internacional, como -se menciona expresamente- en las reglas 6.1 y 17.1 de las “Reglas de Beijing”.

encomienda también la defensa de los derechos, la observancia de las garantías y el cuidado de la integridad física y moral del menor<sup>76</sup>.

Con esta Ley se modifica el artículo 9 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 y se establecen los 12 años como la edad mínima necesaria para estar sujeto a la jurisdicción de los Juzgados de Menores. El mismo artículo especifica que los menores de esta edad que cometieran delitos podían únicamente ser puestos a disposición de las instituciones administrativas de protección de menores. Este aspecto es de especial importancia puesto que las Leyes anteriores no establecían una edad mínima para la intervención de los Juzgados de Menores<sup>77</sup>.

Algunos autores han criticado que no se optara por distinguir diferentes tramos en función de la edad del mayor de 12 años, puesto que entienden que cualitativamente las características y en consecuencia necesidades de los menores pueden ser muy diferentes<sup>78</sup>.

Asimismo, cabe destacar que el apartado 2 del citado artículo 9 establecía que los Juzgados de Menores seguían siendo competentes para conocer ciertas faltas comprendidas en el artículo 584 del Código Penal, que eran las cometidas por mayores de edad en relación con menores de edad. A pesar de ello, como avance podemos mencionar que no se implantarán medidas de seguridad a los menores vagos, prostituidos o maleantes debido a que estas habían devenido inconstitucionales al contravenir el artículo 25.1 CE que determina que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa.

El procedimiento es adaptado ahora a las exigencias constitucionales y se prevé que, en interés del menor, el Juez pudiera adoptar que las sesiones no fueran públicas aunque en ningún caso se permitiría que los medios de comunicación difundiesen imágenes de los menores así como datos que faciliten su identificación<sup>79</sup>.

Las decisiones de los Jueces de Menores dejan de denominarse acuerdos para ser “resoluciones”. Además, se prevé la posibilidad de que el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, decidiera la suspensión del fallo por un máximo de 2 años cuando concurrieran determinadas circunstancias.

Se amplió el catálogo de medidas en el artículo 17 de la Ley de Tribunales de Menores de 1948 conforme a la redacción de 1992: amonestación por tiempo de uno a tres fines de semana, libertad vigilada, acogimiento por otra persona o núcleo familiar, privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor, prestación de servicios en beneficio de la Comunidad, tratamiento ambulatorio o ingreso en un centro de carácter terapéutico e ingreso en un centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado.

La Ley se limitaba a enumerar las medidas que podían ser adoptadas por los Jueces de Menores sin hacer referencia a su contenido, aplicación o ejecución. Esto provocó que en ocasiones las medidas impuestas a los menores de edad fueran más gravosas o por un tiempo mayor que las que le corresponderían por los mismos hechos a un adulto. Esta circunstancia

---

<sup>76</sup> *Vid.* artículo 15 de la Ley de Tribunales de Menores, aprobada por Decreto 11 de junio de 1948, conforme a la redacción de 1992 tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

<sup>77</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. *Ob. Cit.*, p. 217.

<sup>78</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 94

<sup>79</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 95

fue censurada por el Tribunal Constitucional en la STC 61/1998, de 17 de marzo y finalmente modificada con la aprobación de la LO 5/2000<sup>80</sup>.

La necesaria adaptación de la legislación de menores supuso también un cambio en el modelo de justicia penal juvenil. Obviándose el modelo educativo que tanta implantación tuvo en los países nórdicos, la legislación española optó por el modelo de responsabilidad que sigue vigente todavía hoy en día con la LO 5/2000. Este está caracterizado por tratar a los menores a partir de cierta edad dentro de la justicia penal pero a través de órganos jurisdiccionales específicos con normas propias que, aplicando todas las garantías propias del proceso, contemplasen a su vez las necesidades especiales de los menores<sup>81</sup>.

Como veníamos diciendo, es importante remarcar que esta Ley nació marcada con la idea de provisionalidad. El marco legal en materia de menores infractores era completado con la regulación modificada de la Ley de Tribunales de Menores de 1948 lo que en la práctica causaba no pocos problemas de inseguridad jurídica puesto que eran los propios operadores jurídicos los que trataban de aplicar las disposiciones con las adaptaciones oportunas, considerando derogadas implícitamente determinados preceptos.

### **2.1.8. La Ley de Protección Jurídica del Menor**

La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) se dirige principalmente a abordar una reforma de las instituciones de protección del menor en todos los aspectos que vinculan a los poderes públicos, a las instituciones especialmente relacionadas con los menores y a los ciudadanos en general. A pesar de ello, hacemos mención expresa a esta Ley porque tendría que servir de marco para la regulación de la nueva Ley de responsabilidad penal de los menores<sup>82</sup>.

De la lectura de su Exposición de Motivos se advierte con claridad tal y como defiende VÁZQUEZ GONZÁLEZ<sup>83</sup> el modelo de responsabilidad como modelo de justicia penal adoptado. Así, se afirma el reconocimiento pleno de derechos en los menores de edad y de la condición de sujeto de derechos; se perfila a los menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y de las necesidades de los demás.

## **2.2. LA VIGENTE NORMATIVA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

La necesidad de reforma de la legislación de menores queda patente con la presentación en el Congreso de los Diputados de una *Moción sobre medidas para mejorar el marco jurídico vigente de protección del menor y criterios para dotar a las instituciones de instrumentos eficaces en la ejecución de las funciones encomendadas*, que fue aprobada por unanimidad el 10 de mayo de 1994.

Habría que esperar hasta la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM) que no entró en vigor hasta el 13 de enero de 2001, para poder dar respuesta de forma satisfactoria a la necesidad de

---

<sup>80</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, p. 97

<sup>81</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. *Ob. Cit.*, p. 213.

<sup>82</sup> MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. *Ob. Cit.*, p. 219.

<sup>83</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, pp. 371 y ss.

reforma en esta materia. Con ella, se aglutinan por primera vez en un mismo texto legal todos los aspectos sustantivos, procesales, administrativos y de ejecución sobre la responsabilidad penal del menor, en sintonía con la normativa internacional y con los parámetros propios de un moderno Estado de Derecho.

De igual manera, con la LORPM finalmente completa el sistema normativo detallado en el Código Penal de 1995. Como ya hemos explicado en el epígrafe anterior, el artículo 19 CP se remite a una Ley específica para la regulación de la responsabilidad de los menores de 18 años autores de hechos delictivos, no siendo estos responsables con arreglo al Código Penal.

El desarrollo reglamentario de la Ley aparece con el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La importancia de la LORPM radica en que finalmente cierra el proceso de reforma penal poniendo fin a un cuerpo legal caótico en el que convivían preceptos de distintas épocas y modelos penales. De esta manera, se recoge en un único texto legal la regulación completa en materia de menores infractores, informada y en concordancia con las garantías y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución pero también con los conocimientos sobre el menor que nos ofrece la moderna psicología y pedagogía<sup>84</sup>.

La LORPM ha sido reformada en diversas ocasiones<sup>85</sup>, incluso antes de su entrada en vigor el 13 de enero de 2001.

### **2.2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del menor**

La responsabilidad penal de los menores, a diferencia de la de los adultos, presenta un carácter primordial de intervención educativa que justifica una regulación específica en base a las diferenciaciones entre el objetivo y el procedimiento de las sanciones, sin perjuicio del respeto de las garantías comunes a todo justiciable<sup>86</sup>.

Esta Ley parte de la afirmación de la responsabilidad penal del menor, inscribiéndose en el llamado modelo educativo-sancionador<sup>87</sup> que busca un equilibrio entre el derecho de la

---

<sup>84</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, pp. 103 y ss.

<sup>85</sup> Antes de la entrada en vigor de la LORPM fue modificada por la LO 7/2000, de 22 de diciembre -que modificó los artículos 7 y 9, referidos a las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y a las reglas para su aplicación, y añadió la Disposición Adicional cuarta y quinta que no permitía la aplicación de la LORPM a los mayores de 18 y menores de 21 años para determinados delitos- y por la LO 9/2000, de 22 de diciembre -que suspende la ejecución de la LORPM por un plazo de dos años desde su entrada en vigor en lo referente a los infractores con edades comprendidas entre los 18 y 21 años-. Posteriormente, la LO 9/2002 de 10 de diciembre vuelve a prorrogar este plazo de dos años para los mayores de 18 y menores de 21 hasta el 1 de enero de 2007.

Con la LO 8/2006, de 12 de enero se modificó gran parte del articulado la LORPM en cumplimiento de lo dispuesto por la Disposición Adicional Sexta de la LORPM que fue introducida en esta por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. La LO 8/2006 otorgó un nuevo contenido al artículo 4 de forma que se suprime la posibilidad de aplicar la LORPM a los mayores de 18 y menores de 21 y suprimió los apartados 2 y 4 del artículo 1. A través de la LO 8/2012, de 27 de diciembre, se modifican únicamente cuestiones de competencia. Finalmente, aunque no sea una reforma expresa de la LORPM, la Disposición Derogatoria Única de la LO 1/2015 ha afectado con respecto de la supresión de las faltas, y su sustitución, en algunos casos, por los nuevos delitos leves.

<sup>86</sup> *Vel.* Exposición de Motivos I. 4 de la LORPM

<sup>87</sup> La propia Ley en su Exposición de Motivos II.6 se define como una norma “formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa”.

sociedad a defenderse de una conducta antijurídica que debe evitarse y el derecho de los menores a resocializarse desde una doble perspectiva o fin: fin endógeno dirigido a tratar de solucionar a través de medidas de intenso carácter pedagógico las causas que les han llevado a delinquir; y, fin social basado en el interés común de la sociedad en la reconducción y reeducación de los menores de edad infractores<sup>88</sup>. Se trata por tanto de educar en la responsabilidad.

Entre los autores se ha planteado el debate acerca de la naturaleza de la responsabilidad que se exige a los menores.

Para algunos autores como BUENO ARÚS<sup>89</sup> la responsabilidad regulada en la LORPM no es penal aunque así lo diga la propia Ley puesto que su finalidad es colmar un déficit educativo, en el marco de la prevención especial positiva. Justifica esta afirmación en base a que los autores del Anteproyecto -entre los que se encontraba él mismo- aceptaron en su día llamar penal a una responsabilidad que en realidad no lo es únicamente en vistas a evitar que las competencias en esta materia correspondieran a las Comunidades Autónomas en lugar de al Estado.

Opinión contraria tiene la Fiscalía General del Estado<sup>90</sup> y la doctrina penal española mayoritaria que entienden que la naturaleza de la LORPM es penal. Entre sus argumentos destacan el carácter supletorio del CP y de las leyes penales especiales en lo no previsto expresamente en la LORPM (Disposición Final Primera de la LORPM), así como las propias manifestaciones de la Ley acerca de su responsabilidad “penal”<sup>91</sup>. Por ejemplo, en la Exposición de Motivos<sup>92</sup>, la Ley se define como una norma formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa; cuando establece el límite mínimo de edad en los 14 años determina que a partir de ese momento se podrá exigir responsabilidad penal. No obstante, se han introducido determinados preceptos de carácter protector que se separan de criterios penales estrictos lo que aleja en ocasiones a la Ley de esta finalidad educativa<sup>93</sup>.

Como señala MONTERO HERNANZ<sup>94</sup> y en relación con el debate ya planteado, a parte de la doctrina le resulta curioso que se hable de “responsabilidad jurídica” de forma eufemística cuando en realidad nos encontramos ante una verdadera responsabilidad penal ubicada dentro de un Derecho Penal específico -por tanto, una Ley penal especial-. En este sentido las medidas sancionadoras-educativas impuestas son, en definitiva, consecuencias jurídicas que materialmente constituyen penas y que se aplican como una auténtica responsabilidad penal, esto es, exclusivamente por la comisión de infracciones penales.

---

<sup>88</sup> BLANCO BAREA, Jose Angel. “Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español”. *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 8, 2008, pp. 9 y ss.

<sup>89</sup> BUENO ARÚS, Francisco. “La Ley de Responsabilidad Penal del Menor compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal”. *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 25, 2005. Citado por: JIMÉNEZ DÍAZ, María José. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2015, pp. 17 y ss.

<sup>90</sup> *Vid. Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*, en la que se declara expresamente la naturaleza penal de la LORPM.

<sup>91</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Ob. Cit.*, pp. 18 y ss.

<sup>92</sup> *Vid. Exposición de Motivos II.6 y II.4, respectivamente, de la LORPM.*

<sup>93</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Ob. Cit.*, p.20.

<sup>94</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, pp. 106 y ss.

Así las cosas, siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina y la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa podemos afirmar que la responsabilidad de la LORPM es penal y tiene la naturaleza de disposición sancionadora en tanto que desarrolla una verdadera responsabilidad jurídica de los menores por la comisión de delitos y faltas tipificados como tal en el Código Penal y en las restantes leyes especiales. Asimismo, se establece como finalidad esencial la intervención de naturaleza educativa encaminada a prevenir la comisión de futuras infracciones y por ello se tiende a individualizar la respuesta, acomodándola a las características y circunstancias del infractor y apartándose de esta manera del principio de proporcionalidad que necesariamente ha de regir en el derecho penal de adultos<sup>95</sup>.

En todo caso, para que los menores sean responsables será necesario que no concurra ninguna de las circunstancias que les eximen de responsabilidad criminal del artículo 20 CP.

### **2.2.2. Principios informadores del Derecho Penal de menores**

De la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley se desprende que, al menos en su versión original, el tratamiento de los jóvenes delincuentes pretende la prevención especial y descansa en los principios de interés superior del menor, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales, principio flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso, principio de intervención de naturaleza educativa y principio de intervención mínima.

A continuación, haremos una breve mención a los principios informadores más relevantes:

- El principio del interés superior del menor

Este principio, enunciado en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), destaca por encima de todos como principio rector en el Derecho penal de menores. Esta presente en las diferentes jurisdicciones y a todos los niveles territoriales.

Frente a la concepción histórica del menor, este principio define al menor como una persona digna de derechos y obligaciones pero que, a diferencia del adulto, se encuentra en una etapa de la vida de formación continuada que tendrá esencial trascendencia en su formación futura como persona y ciudadano<sup>96</sup>.

Como elemento de interpretación, este principio deberá fijar el auténtico sentido de las normas jurídicas sobre menores y como elemento integrador deberá servir por una parte como elemento auxiliar para esclarecer los principios del Derecho de menores vigentes y por otra parte como elemento complementario para suplir las posibles lagunas legales<sup>97</sup>.

En cuanto al contenido del principio, este se trata de un concepto jurídico indeterminado<sup>98</sup> y en el texto de la LORPM no aparece definido<sup>99</sup>. Podemos conceptualizarlo siguiendo a

---

<sup>95</sup> MONTERO HERNANZ, Tomás. *Ob. Cit.*, pp. 104 y ss.

<sup>96</sup> ESCORIHUELA GALLÉN, Carlos Vicente. *El Ministerio Fiscal y la Responsabilidad Penal de los Menores (Aplicación práctica del Principio de Oportunidad en la fase instructora)*. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2016, pp.121 y ss.

<sup>97</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, pp. 532 y ss

<sup>98</sup> Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en la Sentencia 565/2009.

<sup>99</sup> El concepto se encuentra recogido en el artículo 2 de la LOPJM, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

ESCORIHUELA GALLÉN como la decisión adoptada respecto del menor “en aras a facilitar su desarrollo en el ámbito personal, social, educativo y familiar, teniendo siempre en cuenta que el menor, al tratarse de una persona en desarrollo, absorbe y le afecta cualquier decisión o actuación que se realice en su persona”<sup>100</sup>.

Este principio debe guiar en todo momento las actuaciones del Ministerio Fiscal que deberá garantizar que efectivamente se actúe de acuerdo a este interés.

- El principio de legalidad

Este principio de relevancia máxima en el Derecho penal y de rango constitucional (artículo 25.1 CE) ha sido recogido como fuente del Derecho penal de menores en diversos instrumentos jurídicos internacionales como por ejemplo en el art. 40 de la CDN<sup>101</sup>.

Como matiza VÁZQUEZ GONZÁLEZ<sup>102</sup>, el principio de legalidad implica una serie de garantías que se observan también en los preceptos de LORPM. Así, la garantía criminal (que impide castigar como delito conductas que no estuvieran previamente declaradas como tal en una Ley) se recoge expresamente en el artículo 1.1. LORPM; la garantía penal (que prohíbe la imposición de penas que no estén previamente establecidas en una Ley) se prevé en el artículo 7 LORPM; la garantía jurisdiccional (sólo se podrá ser condenado en virtud de sentencia firme dictada por un Juez competente y en un proceso con todas las garantías) se recoge en el artículo 43.1 de la LORPM; y por último, la garantía en la ejecución (la pena sólo puede ejecutarse en la forma legalmente establecida) se contiene en el artículo 43.2 LORPM para las medidas sancionadoras educativas.

- El principio de culpabilidad

En virtud del principio de culpabilidad para que haya responsabilidad el individuo que ha llevado a cabo un hecho delictivo tiene que ser sujeto activo de una conducta típica y antijurídica de manera que se le pueda reprochar personalmente esta conducta. Además, prohíbe que la pena impuesta sobrepase la medida de la culpabilidad del sujeto.

Este principio está contenido en el artículo 5 CP y en virtud de la aplicación supletoria del CP informa también el Derecho penal de menores e impide castigar a los menores en los que incurra alguna causa de exclusión de la culpabilidad o inculpabilidad. Además, la medida sancionadora-educativa no podrá rebasar el límite de la gravedad de la culpabilidad<sup>103</sup>.

- El principio de intervención mínima

Este principio determina que el Derecho penal debe actuar únicamente para castigar las infracciones que se consideren más perjudiciales para la sociedad, de manera que no deberá actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios de protección menos gravosos para el sujeto.

---

<sup>100</sup> ESCORIHUELA GALLÉN, Carlos Vicente. *Ob. Cit.*, p. 134.

<sup>101</sup> El artículo 40 de la CDN recoge expresamente este principio al decir “Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidas por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”.

<sup>102</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 534

<sup>103</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 535

En materia de menores delincuentes, por ejemplo, el artículo 37 de la CDN prevé la privación de libertad como último recurso y por el periodo de tiempo más breve posible. En esta línea, el artículo 9 LORPM contiene una manifestación de este principio al prohibir la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado para los casos de comisión de delitos leves o imprudentes<sup>104</sup>.

- El principio de oportunidad

GIMENO SENDRA<sup>105</sup> define este principio como “la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”.

Este principio en el proceso penal juvenil presupone conceder amplias facultades al Ministerio Fiscal para decidir sobre el ejercicio de la acción penal. Es decir, para decidir no ejercitarla en determinadas condiciones a pesar de constatar la existencia de un hecho aparentemente delictivo<sup>106</sup>.

En este sentido, el artículo 18 LORPM regula el desistimiento como manifestación del principio de oportunidad que permite al Ministerio Fiscal dictar Decreto de archivo, no dando inicio al procedimiento. Así, este artículo regula que “El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales”.

Por su parte, el artículo 19 LORPM regula el sobreseimiento del expediente por el Ministerio Fiscal en el supuesto de conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

### **2.2.3. Ámbito de aplicación subjetivo**

En lo referente al ámbito de aplicación de la Ley, se establecen tres segmentos en base a la edad del sujeto: menores de 14 años, menores de entre 14 y 18 años y, excepcionalmente, jóvenes de 18 a 21 años<sup>107</sup>. En este sentido, pasaremos a analizar más detalladamente cada una de las categorías.

- Régimen jurídico de los menores de 14 años

La LORPM eleva el mínimo de edad para poder ser aplicada la Ley penal del menor desde los 12 regulados en la LOCPJM hasta los 14 años. La LORPM regula en su artículo 3 el régimen de los menores de 14 años estableciendo que aun cuando lleven a cabo hechos ilícitos no se les exigirá ningún tipo de responsabilidad con arreglo a esta Ley, sino que se les aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes.

Es este artículo el que establece el límite de la minoría de edad como causa de inimputabilidad y no el artículo 19 del Código Penal puesto que el límite de 14 años opera como criterio biológico-cronológico, como presunción iuris et de iure de la inimputabilidad penal.

---

<sup>104</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 536

<sup>105</sup> GIMENO SENDRA, José Vicente. “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)” *Revista Poder Judicial*, núm. especial III, 1988. Citado por BLANCO BAREA, José Ángel. *Ob. Cit.*, p. 14.

<sup>106</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 537

<sup>107</sup> Posibilidad que, como más adelante se explica, nunca llegó a estar en vigor.

A pesar de la propia arbitrariedad del criterio a la hora de fijar una edad límite a partir de la cual se exige responsabilidad penal, se entiende que los niños menores de 14 años no han desarrollado la madurez necesaria para ser plenamente conscientes de la trascendencia de sus actos, siendo además perjudicial que entren en contacto con las instancias judiciales y sufran las incidencias de un proceso. En este sentido se explica en la Exposición de Motivos de la LORPM que el límite “se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado<sup>108</sup>”. Así, los menores de 14 años no son imputables penalmente pero sí lo son civilmente teniendo las Comunidades Autónomas la competencia para aplicar estas normas de protección, no existiendo una regulación uniforme.

El que el legislador opte por un criterio objetivo-biológico para delimitar la utilización de un sistema u otro ha sido criticado pues puede haber menores que hayan alcanzado los 14 años que se encuentren en un estadio de madurez insuficiente y por el contrario otros menores de dicha edad con un alto grado de madurez para la comprensión del delito. En este sentido son varios los autores que han propuesto alternativas que abogan por ampliar el ámbito de aplicación de la LORPM creando un nuevo tramo de edad desde los 12 hasta los 14 años en el que debería atenderse al criterio psicológico de la madurez y a la peligrosidad del sujeto sólo cuando haya cometido delitos graves<sup>109</sup>.

Ciertamente, como defiende BLANCO BAREA<sup>110</sup>, no tenemos conocimiento de un sistema que determine particularmente qué persona ha adquirido la suficiente madurez volitiva que le permita ser plenamente consciente de sus actos y del mal que causan por lo que, en pro a la seguridad jurídica se opta por el criterio objetivo que además es el más generalizado en la inmensa mayoría de las legislaciones de nuestro entorno.

- Régimen jurídico de los menores de 14 a 18 años

El artículo 1.1 de la LORPM establece el ámbito de aplicación subjetiva con carácter general al determinar que la Ley “se aplicará para exigir responsabilidad de los mayores de 14 años y menores de 18 años por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas<sup>111</sup> en el Código Penal o en las Leyes penales especiales”.

Conforme al artículo 5.1 se establece que los menores con edad comprendida entre los 14 y 18 años quedan sometidos al sistema de responsabilidad de la Ley cuando hayan cometido hechos delictivos y no concurra ninguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal.

La LORPM establece una presunción *iuris tantum* de responsabilidad penal a partir de los 14 años que admite prueba en contrario si se demuestra que concurren las circunstancias que

---

<sup>108</sup> *Vid.* Exposición de Motivos I.4 de la LORPM.

<sup>109</sup> Entre los defensores de esta propuesta se encuentra BONILLA CORREA. En este sentido *vid.* CÁMARA ARROYO, Sergio. “Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, num. 67, 2014, p. 280.

<sup>110</sup> BLANCO BAREA, José Ángel. *Ob. Cit.*, p. 6.

<sup>111</sup> Desde el 1 de julio de 2015 a través de la LO 1/2015 desaparecen las faltas del Código Penal.

justifiquen una causa de exención de la responsabilidad criminal y atendiendo a las circunstancias personales del menor, su grado de madurez y socialización, etc<sup>112</sup>.

La razón de considerar a este grupo de edad como imputables responde a que se les presume capaces de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión y como consecuencia se les impone determinadas medidas de naturaleza penal, aunque con marcado carácter educativo, con el fin de evitar la comisión de futuros delitos<sup>113</sup>. Se les excluye del ámbito de aplicación del Código Penal porque, en base a criterios de política criminal, se considera que es más adecuado crear un sistema penal especial en el que se sustituyan las penas por una intervención sancionadora-educativa.

Lógicamente, la madurez mental de los menores estará más desarrollada cuanto más mayores sean y por esta razón la LORPM establece dos categorías de edades en la Exposición de Motivos II. 10: de 14 a 16 años y de 17 a 18 años. Además, los delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas supondrán una agravación específica en el tramo de los mayores de 16 años. En función del tramo de edad que se trate se establecen diferenciaciones en la duración de las medidas y un tratamiento específico en la aplicación prescriptiva del régimen cerrado.

- Régimen jurídico de los mayores de 18 y menores de 21 años

En relación con los mayores de 18 y menores de 21 años, el artículo 1.2 de la LORPM en su primera redacción preveía la posibilidad de aplicarles a ellos también las disposiciones de la Ley en los términos contemplados en el antiguo artículo 4.

De esta manera se completaba la remisión del artículo 69 del Código Penal cuando el Juez de Instrucción competente lo declarase oportuno y se cumplan las siguientes condiciones<sup>114</sup>: que la falta o delito sea menos grave y sin violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o integridad física; que el menor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos cometidos una vez cumplidos los 18 años; y, que las circunstancias personales y el grado de madurez aconsejen la aplicación de la LORPM, atendiendo especialmente a lo dispuesto en el informe del equipo técnico.

Estas condiciones otorgaban un amplio margen de discernimiento al Juez y finalmente este segmento de edad ha quedado fuera del ámbito de aplicación de la LORPM. En primer lugar la LO 7/2000 restringió el ámbito de aplicación del artículo 4 determinando que no sería de aplicación si los mayores de 18 y menores de 21 años eran imputados en la comisión de homicidio, asesinato, agresiones sexuales, terrorismo y los sancionados con pena de prisión igual o superior a 15 años. Posteriormente, la LO 9/2000 suspende la entrada en vigor del artículo 4 por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la LORPM. Más adelante, la LO 9/2002 prorroga la suspensión hasta el 1 de enero de 2007 y finalmente, la LO 8/2006 modificó radicalmente el contenido del artículo 4.

#### **2.2.4. Las medidas de la LORPM**

En primer lugar conviene hacer mención a la naturaleza de las medidas contenidas en la LORPM. La posición mayoritaria de la doctrina -incluido el TC y la Fiscalía General del Estado- defiende que no nos encontramos ante penas juveniles sino ante medidas. Esto es

---

<sup>112</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. “Imputabilidad e inimputabilidad...”, *Ob. cit.*, p. 278-279.

<sup>113</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. “Imputabilidad e inimputabilidad...”, *Ob. cit.*, p. 267-268.

<sup>114</sup> *Vid.* art. 4.2 en su redacción original.

así porque las consecuencias jurídicas contempladas en la LORPM no contienen la finalidad retributiva propia de las penas comunes, sino que la finalidad es esencialmente educativa y resocializadora y dirigida a la prevención especial para evitar la comisión de nuevos delitos<sup>115</sup>.

En relación con las medidas tiene especial importancia el principio acusatorio recogido en el artículo 8 LORPM. En virtud del este principio el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior que la que hubiese sido solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. Además, no se podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad y esta no podrá ser en ningún caso superior al tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido mayor de edad conforme al Código Penal.

El artículo 7 LORPM contiene un amplio catálogo de medidas en una lista cerrada *numerus clausus* que se pueden imponer a los menores responsables de una infracción penal. En la Ley aparecen recogidas de menor a mayor gravedad sin ninguna clasificación pero para facilitar su comprensión y siguiendo el criterio de VÁZQUEZ GONZÁLEZ<sup>116</sup> a continuación las detallaremos siguiendo la siguiente agrupación: a) medidas privativas de libertad, b) medidas no privativas de libertad y c) medidas terapéuticas.

a) Medidas privativas de libertad

Son las medidas más gravosas de la LORPM puesto que son las que restringen en mayor medida los derechos de los menores infractores, afectando también a la libertad deambulatoria o libertad de movimiento<sup>117</sup>.

- Internamiento en régimen cerrado (artículo 7.1.a) LORPM). El menor sometido a esta medida residirá en un centro en el que desarrollará todas las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. Sólo se le permitirá salir de manera esporádica previa autorización judicial<sup>118</sup>.
- Internamiento en régimen semiabierto (artículo 7.1.b) LORPM). Los menores residen en el centro pero podrá realizar fuera del mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. La realización de estas actividades implica la existencia de un proyecto educativo en donde los objetivos sustanciales se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad de forma que si estos objetivos no son cumplidos el Juez de Menores puede suspenderlas por tiempo determinado, pasando a realizarse dentro del centro.
- Internamiento en régimen abierto (artículo 7.1.c) LORPM). El menor reside en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen del mismo, pero todas las actividades del proyecto educativo se llevan a cabo en los servicios normalizados del entorno (colegios, institutos, academias, etc.).

---

<sup>115</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, pp. 561 y ss.

<sup>116</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, pp. 562 y ss.

<sup>117</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 562.

<sup>118</sup> Tal y como se establece la Exposición de Motivos en su apartado 16 con esta medida tan grave se pretende que el menor adquiera los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo.

- Permanencia de fin de semana (artículo 7.1.g) LORPM). El menor permanecerá en su domicilio o en un centro hasta un máximo de 36 horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, exceptuando, en su caso, el tiempo que deba dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez que deban llevarse a cabo en otro lugar fuera del lugar de permanencia.

b) Medidas no privativas de libertad

Con independencia de que el derecho de libertad en algún supuesto pueda verse parcialmente afectado, estas medidas se caracterizan por ser restrictivas de otros derechos distintos a los de libertad<sup>119</sup>.

- Asistencia a un centro de día (artículo 7.1.f) LORPM). El menor reside en su domicilio habitual pero deberá acudir a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio<sup>120</sup>.
- Libertad vigilada (artículo 7.1. h) LORPM). En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad del menor y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, procurando ayudarle a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-económicas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. El menor también está obligado a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir con las reglas de conducta impuestas por el Juez.
- Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez (artículo 7.1.i) LORPM). Se impide que el menor se acerque a estas personas, en cualquier lugar en el que se encuentren. También se incluye la prohibición del menor de establecer por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si la aplicación de esta medida supusiera la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél.
- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (artículo 7.1.j) LORPM). El menor sometido a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.
- Prestaciones en beneficio de la comunidad (artículo 7.1.k) LORPM). La medida no podrá imponerse sin el consentimiento del menor, y una vez impuesta este deberá de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 563.

<sup>120</sup> Con esta medida se persigue proporcionar al menor un ambiente estructurado que pueda compensar las lagunas educativas, de formación o de otro tipo que pueda presentar su ambiente familiar. (Exposición de Motivos, apartado 17).

<sup>121</sup> Se intentará que la naturaleza de la actividad de la medida esté relacionada con los bienes jurídicos afectados por los hechos cometidos por el menor. De esta manera, lo que se pretende es que

- Realización de tareas socio-educativas (artículo 7.1.l) LORPM). La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social<sup>122</sup>.
- Amonestación (artículo 7.1.m) LORPM). Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.
- Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para cualquier tipo de armas (artículo 7.1.n) LORPM). Podrá imponerse esta medida como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.
- Inhabilitación absoluta (artículo 7.1.ñ) LORPM). Esta medida produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; de igual manera produce la incapacidad para obtenerlos y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

#### c) Medidas terapéuticas

Esta clase de medidas se aplican a los menores que sufren deficiencias o anomalías psíquicas, adicción a determinadas sustancias o alteraciones en la percepción y por ello necesitan un tratamiento específico<sup>123</sup>.

- Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto (artículo 7.1.d) LORPM). En el centro de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a quienes padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el menor rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.
- Tratamiento ambulatorio (artículo 7.1.e) LORPM). Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra. Cuando el menor rechace un

---

comprenda que actuó de manera incorrecta, que merece el reproche de la sociedad y que la prestación que se le exige es un acto de reparación justo. (Exposición de Motivos, apartado 15).

<sup>122</sup> En la Exposición de Motivos apartado 19 se mencionan una serie de ejemplos como por ejemplo asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo; participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etc.

<sup>123</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 565.

tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

En relación con la elección de la medida estas no son contempladas para infracciones concretas tal y como sucede en el Código Penal, sino que será el Juzgado de Menores el encargado de adoptarlas, atendiendo para ello no sólo a la prueba y valoración de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (artículo 7.3 LORPM). Como vemos, la razón de la indeterminación y de la consecuente discrecionalidad del Juez en la elección es la necesidad de atender a las peculiaridades individuales de cada menor.

El artículo 9 LORPM contiene las reglas generales para la adopción de las medidas por el Juez. Para no extendernos demasiado, destacamos sobre este aspecto que la medida de internamiento en régimen cerrado, por ser la más gravosa de todas, no será aplicable ante acciones u omisiones imprudente. Además, sólo podrá ser aplicable cuando los hechos estén tipificados como delito grave; cuando estén tipificados como delito menos grave si en su ejecución se ha empleado violencia o intimidación o se ha generado grave riesgo para las personas; o cuando los hechos se cometan en grupo, banda, organización o asociación.

La duración de esta medida (artículo 10 LORPM) dependerá de la edad que tuviera el menor al tiempo de cometer los hechos. De esta manera, se distinguen dos tramos de edades: 1) si el menor tuviera 14 o 15 años, podrá alcanzar 3 años de duración; 2) si tuviera 16 o 17 años, la duración máxima será de 6 años.

A mayores, si el hecho cometido es de extrema gravedad, se impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años.

A todo esto hay que añadir reglas especiales si los hechos son constitutivos de determinados delitos (homicidio, asesinatos, agresiones sexuales, delitos relacionados con el terrorismo o cualquier otro que tenga señalada una pena de prisión igual o superior a quince años): 1) si el menor tiene 14 o 15 años, la medida de internamiento en régimen cerrado se impondrá de uno a cinco años complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años; 2) si el menor tiene 16 o 17 años, el internamiento en régimen cerrado será de uno a ocho años, complementado en su caso por la libertad vigilada de hasta cinco años.

Igualmente, si se tratara de un delito relacionado con el terrorismo, el Juez impondrá además del resto de medidas que resulten de aplicación una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

Por último, podemos hacer referencia a las consecuencias del incumplimiento de las medidas por parte del menor. Cuando el menor quebrante una medida privativa de libertad, se procederá a su reingreso en el mismo centro del que se hubiera evadido o en otro adecuado a sus condiciones. Si le medida quebrantada fuera de permanencia de fin de semana, se reintegrará en su domicilio, a fin de cumplir de manera ininterrumpida el tiempo pendiente<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 573.

Si la medida quebrantada no fuera privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquella por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el Equipo Técnico, el Juez podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 573.

### 3. EL MENOR COMO VÍCTIMA DE DELITOS

Los niños y adolescentes menores de edad son sujetos especialmente vulnerables y se configuran como la víctima del delito más digna de protección. Como ya hemos expuesto en numerosas ocasiones, nuestro ordenamiento jurídico reconoce su derecho a recibir la asistencia y protección que les garantice el pleno desarrollo de su personalidad. Aún así, cuando hablamos de la víctima del delito, el menor en la mayor parte de los casos es la más desprotegida. Por ello, cuando los derechos del menor son vulnerados por ser este el sujeto pasivo de un delito, el Derecho penal le ofrece una protección reforzada, ya sea operando la minoría de edad como un factor de agravación de la pena, ya sea a través de la elaboración de preceptos específicos como por ejemplo sucede con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual<sup>126</sup>. Será en el Código Penal donde se regule la protección del menor frente a los delitos de los que este pueda ser víctima.

La primera cuestión que debemos afrontar es qué es la minoría de edad a estos efectos. Tanto el artículo 12 CE como el artículo 315 CC establecen la mayoría de edad en los 18 años. Asimismo el artículo 1 LOPJM sigue el mismo criterio, estableciendo su ámbito de aplicación a los menores de 18 años, salvo que por virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

Sin embargo, el Código Penal a la hora de ofrecer protección al menor como sujeto pasivo del delito es más complejo y en ocasiones hace distinciones por debajo de esta edad común de 18 años en aras a garantizar aún más los derechos de los que se hallan en los tramos inferiores. De esta manera, como veremos más adelante en determinados casos esta especial protección es otorgada únicamente hasta una determinada edad, no disfrutando de ella todos los menores que se encuentran por debajo de los 18 años<sup>127</sup>.

Por ende, concluimos que como regla general el menor protegido por el CP será el menor de 18 años, pero que en todo caso habrá que estar a lo que la norma dispone para el delito concreto.

Como introducíamos anteriormente, la protección del menor se otorga desde una perspectiva doble. En ocasiones, el menor será víctima de delitos genéricos pensados para proteger a todos los individuos, lo que supondrá una agravación de la pena. En otros supuestos, por el contrario, el menor de edad se configura como objeto de una protección concreta, creándose delitos específicos en los que el sujeto pasivo ha de ser necesariamente una persona especialmente desvalida (como el menor) o en los que necesariamente ha de ser un menor de edad.

Asimismo, podemos apuntar que los delitos en los que el menor es víctima podrán ser llevados a cabo por cualquier persona o por sus progenitores como personas especialmente encargadas de velar por la seguridad y cuidado del menor. En este sentido, si los delitos son cometidos por los progenitores se apreciará la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP y, si además se trata de uno de los delitos que protegen a personas especialmente

---

<sup>126</sup> GARCÍA ALVAREZ, Pastora. “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad de indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”. *Revista general de Derecho Penal*, núm. 20, 2013, p. 1.

<sup>127</sup> GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. “Protección al menor en el nuevo Código Penal”. *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 10, 1995, p. 197.

desvalidas, será frecuente en muchas ocasiones que se creen tipos cualificados que contienen una pena mayor<sup>128</sup>.

### 3.1. LA EDAD COMO FACTOR DE AGRAVACIÓN DE LA PENA

Los menores de edad se configuran como las víctimas más indefensas. Su indefensión ante el sujeto activo, su menor capacidad para valorar, entender o reacciones ante la conducta delictiva y, en general, su especial vulnerabilidad tienen un claro efecto agravatorio para el delincuente en la determinación de su pena<sup>129</sup>. El fundamento legal reside en que existe un mayor reproche penal en su conducta.

En primer lugar, conviene aclarar que la minoría de edad no se contempla de forma específica dentro del catálogo de circunstancias agravantes del artículo 22 CP. Sin embargo, algunas de estas agravantes están estrechamente relacionadas puesto que el hecho de que el sujeto pasivo sea un menor de edad incrementa notablemente la posibilidad de que sean apreciadas como concurrentes.

En este sentido podemos mencionar las circunstancias de abuso de superioridad y de alevosía y la fina línea que establece sus diferencias. El abuso de superioridad se regula de manera somera en el artículo 22. 2º CP mientras que el artículo 22. 1º CP determina que se entiende que existe alevosía cuando el culpable cometa un delito contra las personas empleando en su ejecución medios, modos o formas adecuados para asegurar el éxito del acto delictivo, sin dejar opción de defensa a la víctima. Dentro de los tipos de alevosía, la alevosía de prevalimiento, desvalimiento o indefensión se caracteriza por el aprovechamiento de una especial situación accidental de indefensión o desamparo de la víctima que provoca que esta no puede defenderse. La jurisprudencia viene encuadrando bajo esta modalidad de alevosía también los supuestos en los que la víctima es una persona indefensa por su propia condición intrínseca<sup>130</sup>.

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias<sup>131</sup> ha determinado que la agravante de abuso de superioridad se reserva para aquellos supuestos en los que las posibilidades de defensa de la víctima quedan notablemente disminuidas pero no llegan a eliminarse por completo. Por el contrario, la alevosía buscaría una indefensión total sobre la víctima. No obstante esto, el Tribunal Supremo ha venido admitiendo también la posibilidad de una alevosía objetivada, para los supuestos en los que aún sin mediar medios alevosos se cause, por ejemplo, la muerte o lesión a personas especialmente vulnerables como ancianos, ciegos o niños de corta edad, por entender que concurre alevosía de desvalimiento<sup>132</sup>. Este criterio ha sido duramente

---

<sup>128</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, 2003, “Protección penal de los menores: los menores víctimas de delitos”, *Jornadas sobre Derechos de los Menores*, coordinado por Isabel E. Lázaro González e Ignacio V. Mayoral Narros. Universidad Pontificia de Comillas: R.B. Servicios Editoriales, S.L. pp. 283 y 284.

<sup>129</sup> GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, p.3

<sup>130</sup> ARIAS EIBE, Manuel José. “La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, 2005, p. 15.

<sup>131</sup> *Vid.* STS 647/2013, de 16 de julio; 888/2013, de 27 de noviembre; 225/2014, de 5 de marzo; 626/2015, de 18 de octubre; 3/2016, de 17 de febrero, entre otras.

<sup>132</sup> ARIAS EIBE, Manuel José. *Ob. Cit.*, p. 3.

criticado por la mayoría de la doctrina<sup>133</sup> que defiende que si únicamente concurre el aprovechamiento de una situación de inferioridad de la víctima, parece que sería preferible la apreciación de la circunstancia de abuso de superioridad antes que la de alevosía.

A continuación llevaremos a cabo una revisión del Código Penal, que, sin pretensión de ser exhaustiva ejemplifique la agravación de la pena para distintos tipos penales.

En base al artículo 138.2.a) CP el homicidio será castigado con la pena superior en grado si la víctima es menor de 16 años. En cuanto al asesinato, el artículo 140 CP determina que será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando la víctima sea menor de 16 años.

Para los delitos de lesiones, si la víctima fuera menor de 12 años (artículo 148.3º CP) o si siendo mayor de 12 años fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (artículo 148.5º CP), la pena se podrá<sup>134</sup> incrementar en relación con el tipo básico del artículo 147 CP pasando de una pena de prisión de tres meses a tres años a una pena de prisión de dos a cinco años.

En relación con los delitos de detención ilegal (artículo 163 CP) y secuestro (artículo 164 CP), el artículo 165 CP determina que las penas en los respectivos casos se impondrán en su mitad superior si la víctima fuera menor de edad (en este caso, se opta por los 18 años). Cuando el autor no proporcione información sobre el paradero de la persona detenida ilegalmente o secuestrada, el artículo 166.2. a) CP establece que si la víctima es menor de edad el hecho será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión (en lugar de diez a quince años) si nos encontramos ante una detención ilegal o con una pena de veinte a veinticinco años (en vez de quince a veinte años) para el secuestro.

En referencia con los delitos de agresiones sexuales (artículo 178 CP), el artículo 180.3º CP eleva la pena de una prisión de uno a cinco años, a una pena de prisión de cinco a diez años cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad. Si la agresión hubiera sido constitutiva de delito de violación (artículo 179 CP) en base al mismo artículo la pena será de doce a quince años de prisión en lugar de seis a doce años. Como veremos más adelante, en realidad esta protección está reservada para los menores de edad que tienen más de 16 años, puesto que los menores de esta edad gozan de una protección reforzada en el Capítulo II bis CP.

Para el delito de acoso sexual, el artículo 184 CP determina que si la víctima es una persona vulnerable por razón de la edad la pena a imponer será de multa de diez a catorce meses en vez de multa de seis a diez meses o, alternativamente, de seis meses a un año de prisión en vez de tres a cinco meses de prisión. Si se tratara del tipo cualificado por haberse llevado el

---

<sup>133</sup> En este sentido, GOMEZ RIVERO defiende que no es procedente reconducir en todos estos casos a la circunstancia de alevosía y en concreto cuando la identidad de la víctima sea algo aleatorio. Por el contrario, cree que sí que concurriría la alevosía cuando el autor eligió dentro de varias alternativas a aquella víctima que presenta esta especial indefensión. GOMEZ RIVERO, Carmen. "Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal" *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, 2000, p. 42. Citado por ARIAS EIBE, Manuel José. *Ob. Cit.*, pp. 3 y ss.

<sup>134</sup> La agravación de la pena no opera de forma automática, sino que deberá apreciarse en atención al resultado causado o al riesgo producido. De esta manera, será necesario demostrar que el hecho generó una mayor peligrosidad de la acción o una mayor indefensión de la víctima: GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, p.3.

acoso mediante prevalimiento, en vez de la pena de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses, se impondrá la de prisión de seis meses a un año.

En materia de trata de seres humanos, el artículo 177 bis.4.b) CP establece que se castigará con la pena superior en grado (sobre la pena de cinco a ocho años de prisión) cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de edad. En este ámbito, como veremos, el menor de edad es además objeto de una protección específica.

En el ámbito del narcotráfico el artículo 369.1. 4º CP contempla que se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior<sup>135</sup> y multa del tanto al cuádruplo cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se facilitaran a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

Por último, en el ámbito de la delincuencia patrimonial también se agravan las penas en atención a la especial vulnerabilidad de la víctima. A pesar de que, al contrario que en supuestos anteriores, no se hace referencia expresa a la minoría de edad o a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, entiendo que el sujeto pasivo sea un menor podría facilitar que nos encontremos ante el siguiente supuesto de agravación de la pena: cuando el hurto, robo con fuerza en las cosas o la estafa pongan a la víctima o a su familia en una grave situación económica o cuando tales conductas se hayan realizado abusando de las condiciones personales de la víctima (artículos 235.6, 241.4 y 250.1.6º CP, respectivamente)<sup>136</sup>. Además, el artículo 235.1. 8º CP agrava el supuesto en el que se utilice a menores de 16 años para la comisión del hurto.

Siguiendo a GARCÍA ÁLVAREZ<sup>137</sup>, el tratamiento que hace el Código Penal de esta materia es ciertamente arbitrario. Por ejemplo, no se explica el criterio seguido por el cual el legislador haya optado por agravar la pena por razón de minoría de edad del sujeto pasivo en unos delitos sí y en otros no<sup>138</sup>. De la misma manera, tampoco está claro el criterio en la fijación de la edad por debajo de la cual el menor es merecedor de esta especial protección. En este sentido, en algunos delitos se protege a los menores hasta los 18 años y en otros nada más que hasta los 13 años o incluso, como sucede en el delito de lesiones, hasta los 12 años<sup>139</sup>. Asimismo, el incremento de la pena tampoco se hace de manera unitaria y a veces se impone un marco penal distinto y más grave que el que prevé el tipo básico, otras veces es la pena del tipo básico en su mitad superior y en otras ocasiones se opta por la pena superior en grado. Finalmente, la manera de abarcar la protección de los menores de edad es también cambiante y en ocasiones los menciona expresamente mientras que en otras solamente los protegerá en la medida que para el caso concreto sean personas especialmente vulnerables,

---

<sup>135</sup> El artículo 368 CP recoge la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

<sup>136</sup> GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, p.5.

<sup>137</sup> GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, p.5.

<sup>138</sup> En relación con lo dispuesto, la autora se plantea distintas cuestiones como por ejemplo por qué razón no se agrava la pena por minoría de edad ante lesiones cualificadas por el resultado de los artículos 149 y 150 CP pero sí para las lesiones del tipo básico. *Vid.* GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, p.5.

<sup>139</sup> Por ejemplo, si comparamos la regulación de los delitos de detención ilegal y del homicidio, no tiene ningún sentido que la protección ofrecida en el primer caso abarque a los menores de hasta 18 años y para el homicidio únicamente a los menores de hasta los 16 años.

equiparándose en este último caso en muchas ocasiones con la protección reforzada que reciben los incapaces.

En base a estas arbitrariedades algunos autores como GONZÁLEZ RUS<sup>140</sup> proponen que se debiera optar por una agravación general por minoría de edad para los supuestos en los que se demuestre que las características del menor hayan determinado una mayor gravedad en la comisión del delito de forma real y concreta, eliminándose así los distintos tipos agravados. Otros autores, por el contrario, opinan que a pesar de la necesidad de una protección uniforme y sistemática, esta no se puede hacer depender de la influencia de las características del menor en la comisión del delito puesto que existen delitos en los que se les debe otorgar una protección automática (y sin necesidad de constatación de la especial vulnerabilidad de la víctima) por el simple hecho de ser menores de edad. De igual manera, el hecho de que el tratamiento punitivo se introduzca de manera distinta no tiene por qué suponer un problema siempre y cuando el endurecimiento de la pena esté fundamentado y respete el principio de proporcionalidad<sup>141</sup>.

### **3.2. EL MENOR COMO SUJETO PASIVO DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA**

A continuación analizaremos aquellos delitos del Código Penal creados específicamente para proteger al menor de edad.

#### **3.2.1. Violencia familiar, doméstica y asistencial**

La violencia doméstica o intrafamiliar es aquella violencia en todas sus formas (física o psíquica) que es ejercida en el núcleo familiar, de forma que el ámbito se circunscribe a las personas que conviven o que mantienen entre sí determinadas relaciones afectivas. El Código Penal, atendiendo a este especial vínculo regula una especial protección al menor, que no es ofrecida de forma única puesto que esta protección es también otorgada a aquel que, en base a estas circunstancias propias, presente la condición de víctima.

Es especialmente importante la protección de los menores de la violencia familiar, que pueden ser considerados víctimas por múltiples razones. Este tipo de violencia provoca la pérdida del sentimiento de seguridad que debería proporcionar el núcleo familiar. En ocasiones los niños se ven obligados a adoptar roles inapropiados para su edad y las situaciones vividas probablemente afectarán al desarrollo futuro del menor, que puede interiorizar conductas negativas (como por ejemplo la desigualdad entre el hombre y la mujer o el uso generalizado de la violencia como medio válido para la resolución de conflictos) como conductas naturales en el ser humano<sup>142</sup>.

En base a la creciente sensibilidad social hacia la violencia doméstica, las sucesivas reformas del Código Penal en esta materia han tratado de erradicar este tipo de conductas. En este sentido podemos destacar la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los

---

<sup>140</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José. *El menor como responsable penal especialmente protegido. El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*. Madrid: Editoriales Dykinson, 2010, p. 131. Citado por GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, pp. 5 y 6.

<sup>141</sup> GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, p.6.

<sup>142</sup> ABAD, Judit *et al.* “La Exposición de los menores españoles a la violencia familiar”. *Boletín criminológico*, núm. 131, 2011, p.1.

extranjeros que, en nuestra materia objeto de estudio, amplió expresamente los sujetos pasivos a aquellas personas, que por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guardia en centros públicos o privados<sup>143</sup>. En definitiva, el conjunto de reformas sobre violencia doméstica han dado lugar a un tratamiento especialmente reforzado al menor de edad que sea una “persona especialmente vulnerable”, lo cual deberá ser demostrado en cada caso<sup>144</sup>.

En este sentido, el artículo 153 CP<sup>145</sup> se refiere al delito de lesiones leves contempladas en el artículo 147.2 CP y a los golpes o maltratos que no causen lesión cuando hayan sido cometidos, entre otros<sup>146</sup>, contra persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. En estos supuestos, el autor será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años. Además, se contempla la posibilidad de que el Juez o Tribunal cuando lo estime adecuado al interés del menor, castigue además con la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

El apartado segundo contempla que si la víctima del delito fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP (con excepción de las personas contempladas en el apartado primero), la pena será de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento sólo se prevé en este supuesto por tiempo de seis meses a tres años. De esta manera, si el menor de edad no tiene la consideración de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será aún así merecedor de protección especial en base a este apartado siempre y cuando ostente la condición de: descendiente (propio o del cónyuge); menor que conviva con el autor o que se encuentre sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; o persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

El apartado tercero contiene una protección al menor no como víctima directa del delito sino como testigo de este puesto que presenciar este tipo de actos supone una lesión de la integridad psíquica del menor. Así, las penas de los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando, entre otros casos, el delito se perpetre en presencia de menores. Como defiende GÓMEZ PARDOS<sup>147</sup> no está claro si esta expresión ha de entenderse aplicable

---

<sup>143</sup> Iberley (2019: España). *El delito de violencia doméstica o maltrato habitual* [en línea]: <https://www.iberley.es/temas/delito-violencia-domestica-46461> [Consulta: 28 junio 2020].

<sup>144</sup> GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, p.10.

<sup>145</sup> Se ha planteado una discusión doctrinal en relación con el bien jurídico protegido por el artículo 153 CP. Una posición minoritaria como la sostenida por GRACIA MARTÍN defiende que el bien jurídico protegido, al igual que en los tipos de lesiones, es la integridad física y la salud aunque entendiendo el artículo como un tipo de peligro en el que se adelanta la intervención penal. Por el contrario, la posición mayoritaria dentro de la doctrina defiende la autonomía del bien jurídico protegido con respecto de los tipos de lesiones, de forma que se está estrechamente relacionado con la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo del delito. *Vid.* GÓMEZ PARDOS, Laura. *Menores víctimas y testigos de violencia familiar*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2011, p. 285.

<sup>146</sup> Expresamente, el artículo 153 CP hace mención a “cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

<sup>147</sup> GÓMEZ PARDOS, Laura. *Ob. Cit.*, pp. 281 y ss.

también a cuando los menores son las propias víctimas del delito y no meros testigos. A su parecer, debería ser aplicable la agravación en consideración del artículo 8 CP.<sup>148</sup>

Por último, el apartado cuarto ofrece la posibilidad al Juez de imponer en todos los supuestos anteriores la pena inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y concurrentes en la realización del hecho”.

Por otro lado, el artículo 173.2 CP se enmarca también en el ámbito de la violencia doméstica hablando (en lugar de lesiones leves) de violencia física o psíquica ejercida de manera habitual sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre, entre otros y únicamente a efectos de nuestro objeto de estudio, los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; o sobre los menores que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. En estos supuestos, el autor será castigado con pena de prisión de seis meses a tres años y privación del derecho de tenencia y porte de armas de tres a cinco años. La posibilidad de que el Juez o Tribunal, cuando lo estime adecuado al interés del menor, castigue con inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento se prevé por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

De igual manera que en el artículo 153 CP, se contempla que las penas serán impuestas en su mitad superior cuando, entre otros supuestos, los actos de violencia se perpetren en presencia de menores.

En referencia a los delitos de amenazas y coacciones, los artículos 171.4, 171.5 y 172.2 CP<sup>149</sup>, agravan las penas de las amenazas y coacciones leves siempre y cuando el sujeto pasivo sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. De igual manera, se prevé la posibilidad de adoptar, en vistas al interés del menor, la inhabilitación especial para el ejercicio

---

<sup>148</sup> En virtud del artículo 8 CP, “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.<sup>a</sup> El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2.<sup>a</sup> El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3.<sup>a</sup> El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4.<sup>a</sup> En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

<sup>149</sup> El artículo 171.4 contempla una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, privación del derecho a la tenencia de armas de un año y un día a tres años e inhabilitación especial (en su caso) de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años cuando de modo leve se amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

El artículo 171.5 CP se refiere a las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, castigándolo (además de con las penas trabajos en beneficio de la comunidad y de privación de tenencia de armas por tiempo idéntico que en el apartado anterior) con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos e inhabilitación especial (en su caso) por tiempo de seis meses a tres años. El artículo 172.2 CP castiga las coacciones leves contra una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor con las mismas penas mencionadas para el artículo 171.4 CP.

de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Si estos delitos se hubieran llevado a cabo en presencia de menores, se impondrán las respectivas penas pero en su mitad superior. En todo caso, el Juez o Tribunal, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

### **3.2.2. Delito de trata de seres humanos**

Como ya hemos mencionado anteriormente, además de que en base del artículo 177 bis.4.b) se imponga la pena superior en grado cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de edad, en el delito de trata de seres humanos el menor es también objeto de una protección específica. De esta forma, el artículo 177 bis.2 CP dispone que se considere como delito de trata de seres humanos aun cuando no concurra ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, cualquiera de las conductas enunciadas en el anterior apartado siempre y cuando se hayan llevado a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

### **3.2.3. De los delitos contra los derechos y deberes familiares**

Estos delitos se ubican en el Capítulo III del Título XII del Código Penal (artículos 223 a 233 CP) distinguiendo entre tres secciones distintas que abordaremos de forma breve a continuación. Como dispone MUÑOZ CONDE<sup>150</sup>, este grupo de figuras delictivas tratan de garantizar el “derecho a la seguridad material que se deriva de las relaciones familiares, entendiendo por seguridad la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona de ser ayudada por sus familiares obligados a ello en el caso de que lo necesite o, al menos, de no ser puesta en peligro por los familiares”.

A continuación detallaremos brevemente los tipos delictivos que componen este Título, dividiéndolos en tres grupos distintos:

- a. Quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción de los menores al abandono del domicilio

En primer lugar, el delito de omisión de presentación del menor se encuentra regulado en el artículo 223 CP. Este artículo determina que el que teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad (o una persona con discapacidad necesitada de especial protección), no lo presentare a sus padres o guardadores sin causa justificada para ello y en el momento que fuera requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave, caso en el que existirá un concurso de normas.

No es necesario para que exista la conducta delictiva que se haya generado algún peligro para la integridad psíquica o física del menor.

En todo caso, se trata de un delito especial propio en el que el sujeto activo ha de tener la custodia del menor puesto que si no nos encontraríamos ante un delito de detención ilegal. No podrán serlo los padres o guardadores, puesto que son quienes demandan la entrega. Así, podrán ser sujetos por ejemplo los delegados paternos o del guardador (aquellos a quienes los padres o guardadores encomiendan temporalmente el cuidado del menor y ejercen en su

---

<sup>150</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 302. Citado por GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, p.13.

nombre la guarda material) o quienes han asumido la guarda material como consecuencia del apoderamiento ilícito del menor (que en realidad adquieren respecto del menor un deber especial que permite ser calificado como de guarda temporal sin título propio)<sup>151</sup>. En todo caso, quedan fuera de este tipo penal por resultar de aplicación el delito de sustracción de menores del artículo 225 CP los supuestos en que uno de los progenitores se niega a entregar el menor al otro progenitor cuando le correspondería por determinación judicial.

Los sujetos pasivos serán el menor de 18 años (o el incapaz) así como los padres que tienen derecho a tenerlo en su compañía<sup>152</sup>.

En segundo lugar, el delito de inducción del menor al abandono del domicilio está regulado en el artículo 224 CP, que determina que el que indujere a un menor de edad a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. En virtud de la reforma del Código Penal, introducida por la Ley Orgánica 9/2002 se incluyó también el párrafo segundo, que recoge el régimen de infracción de custodia, castigando con las mismas penas al progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa.

La conducta típica se agota en la simple inducción, es decir, bastará con hacer surgir en el menor la idea de abandonar el domicilio familiar o de infringir el régimen de visitas, sin que sea necesario que el autor intervenga de hecho en la ejecución. En todo caso, deberá ser una conducta directa y concreta, orientada a hacer surgir esta idea en la mente del menor y, sobre todo, debe ser determinante en el sentido de que ha de crear de cero esta intención, no siendo delictivo un simple refuerzo de una idea ya preconcebida<sup>153</sup>.

En el primer párrafo, nos encontramos ante un delito común que podrá ser llevado a cabo por cualquier sujeto activo excepto por los progenitores mientras que el delito del segundo párrafo es un delito especial impropio en el que los autores serán los progenitores. Los sujetos pasivos serán los progenitores, tutores y guardadores, y fundamentalmente, los menores (o incapaces)<sup>154</sup>.

En el artículo 225 CP se contempla una circunstancia específica de atenuación, susceptible de ser aplicada a los delitos del artículo 223 y 224 CP, para los supuestos en los que el responsable restituye al menor de edad (o a la persona con discapacidad necesitada de especial protección) a su domicilio o residencia, o lo deposita en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, conductas delictivas o sin haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o sexual, siempre y cuando el lugar en el que se encontraba el menor hubiera sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a 24 horas<sup>155</sup>. Si se da este supuesto, el hecho será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.

---

<sup>151</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999, pp. 30 y ss.

<sup>152</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen. "Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español". *Revista Penal México*, núm. 6, 2014, pp. 10 y 11.

<sup>153</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen. *Ob. Cit.*, pp. 11 y 12

<sup>154</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen. *Ob. Cit.*, p. 12.

El fundamento de este precepto es la valoración de una conducta positiva por parte del autor del delito en tanto que lo que se busca es que se libere al menor para que su integridad y su vida dejen de estar en peligro lo antes posible.

b. Delito de sustracción de menores

El delito de sustracción de menores está presente en los códigos españoles desde el Código Penal de 1822, desapareciendo con la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Fue la Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre, de Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal y del Código civil, sobre Sustracción de Menores, la que introdujo la Sección segunda del Capítulo III que ahora analizamos.

Así, se configura en el artículo 225 bis CP que en su primer apartado determina el tipo básico, consistente en que el progenitor que sin causa justificada sustrajera a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

El sujeto activo del delito de sustracción de menores será el progenitor con quien no conviva normalmente el menor, o el que no tenga la guarda y custodia, así como los ascendientes del menor o los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad<sup>156</sup>. Por su parte, los sujetos pasivos serán los hijos menores no emancipados y los familiares que se vean privados del ejercicio de la custodia del menor.

Debemos destacar la importancia de la ausencia de una causa justificada. En este sentido, serán atípicas en las que la sustracción quede justificada porque el progenitor que ostente la guarda y custodia, por ejemplo, maltrate al menor.

El apartado segundo apartado se define qué se ha de entender por sustracción. En este sentido, la conducta típica está integrada por dos modalidades de conductas distintas, el traslado del menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva o de las personas responsables de su guarda y custodia; y la retención del menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. Mientras que en la primera modalidad no necesita de una resolución judicial previa, en la segunda sí que es necesaria siendo el caso típico aquel en que el sujeto activo ostentaba un derecho de visita que únicamente le permitía retener por tiempo limitado al menor.

El artículo 225 bis en su apartado tercero recoge dos tipos agravados que se castigarán con la pena del tipo básico en su mitad superior.

- El primero de los casos regula el llamado secuestro internacional, es decir, cuando el menor sea trasladado fuera de España. El fundamento de esta agravación reside en que al intervenir ordenamientos jurídicos de distintos países, existirá mayor dificultad en la resolución del conflicto y por ende en la devolución del menor a su domicilio<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> Este último supuesto se encuentra tipificado expresamente en el apartado quinto: Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.

<sup>157</sup> En este sentido, en los últimos años se han elaborado textos internacionales para proteger los intereses del niño o incapaz en esta materia, previsto también en la CDN de 20 de noviembre de 1989. En el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental ha previsto un título ejecutivo automático para algunas

- En segundo lugar, constituirá también un tipo agravado el que se exija alguna condición para la restitución del menor, puesto que se está coaccionando o reclamando al otro progenitor que lleve a cabo una conducta a la que no está obligado.

El apartado 4 recoge una excusa absolutoria y un tipo privilegiado. En este sentido, se declaran exentos los supuestos en los que la ausencia no es superior a 24 horas y los casos en los que el sustractor comunica (al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado) el lugar de estancia del menor dentro de las 24 horas siguientes al secuestro, produciéndose la devolución inmediata del mismo<sup>158</sup>. Por otro lado, si la restitución se hiciera dentro de los quince días siguientes a la sustracción, se impondrá una pena más reducida a la del tipo básico: pena de prisión de seis meses a dos años.

c. El abandono de familia

El artículo 226 CP sanciona el incumplimiento de los deberes asistenciales inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. Además, el apartado segundo ofrece la posibilidad de que el Juez o Tribunal imponga también la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años<sup>159</sup>. Será necesario acudir a la normativa civil para determinar el contenido de estos deberes asistenciales. En todo caso, en base al principio de mínima intervención penal, sólo los incumplimientos intolerables darán lugar a la aplicación del tipo penal y, además, debemos tener en cuenta que existen incumplimientos que están tipificados como delitos independientes, como sucede por ejemplo con el abandono del menor que es supone un incumplimiento de los deberes asistenciales pero está castigado por los artículos 229 y 230 CP<sup>160</sup>.

El artículo 227 CP castiga el impago de prestaciones económicas acordadas judicialmente en procesos matrimoniales, de filiación o de alimentos a favor de los hijos con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. El impago deberá producirse por periodo de dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos.

El delito del abandono propio de menores se encuentra regulado en los artículos 229 y 230 CP. En concreto, el apartado primero castiga con la pena de prisión de uno a dos años el abandono por parte de la persona encargada de su guarda, mientras que si fue realizado por los padres, tutores o guardadores legales, el apartado segundo impone la pena de prisión de dieciocho meses a tres años. Además, en base al apartado tercero, cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad

---

decisiones de este tipo concurren determinados extremos, aunque cabe dudar de su efectividad real en la práctica cuando determinados países se ven involucrados. *Vid.* GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, p.18.

<sup>158</sup> El fundamento de esta exención se encuentra en que, en base al principio de ausencia de lesividad y de mínima intervención, se entiende que el progenitor que ostenta la guarda y custodia ve mínimamente lesionada su relación con el menor. Con la exención se pretende motivar el arrepentimiento en el sujeto activo de forma que devuelva al menor dentro de este breve periodo de tiempo. *Vid.* ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen. *Ob. Cit.*, p. 17.

<sup>159</sup> Con la misma pena se sanciona también al que dejare de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados. *Vid.* artículo 226 CP.

<sup>160</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Ob. Cit.*, pp. 294 y 295.

física o libertad sexual del menor de edad se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años.

Por otro lado, el artículo 230 CP regula el abandono temporal, que será castigado con las penas inferiores en grado a las previstas para el abandono permanente. A pesar de las dificultades derivadas de la indeterminación jurídica del término “temporal”, en principio podemos excluir aquellas conductas meramente esporádicas y, en todo caso, será necesario que exista una intención por parte del sujeto activo de reintegrarse en el cumplimiento de su deber de custodia<sup>161</sup>.

Históricamente la edad límite para el sujeto pasivo de este delito eran los 7 años pero, debido a las críticas de la doctrina, esta edad fue elevada hasta los 18 años con el Código Penal de 1995. No obstante, la mayoría de la doctrina cree que habría sido mucho más realista optar por una edad intermedia de 14 años o 15 años, más coherente con la conducta típica del abandono y con el principio de intervención mínima del Derecho Penal<sup>162</sup>.

La conducta típica consiste en abandonar al menor, dejándolo sólo y desvalido y no otorgándole los cuidados necesarios para su protección, dejándolo o no rescatándolo de una situación de desamparo. En este sentido, la jurisprudencia ha distinguido dentro del abandono propio entre el abandono personal -situando al menor fuera de su área de custodia- y el abandono asistencial -no proporcionando los cuidados y atención necesarios, sin necesidad de que el menor se encuentre fuera de su área de guarda y custodia-<sup>163</sup>.

El artículo 231 CP regula el abandono impropio, en el que la conducta típica consiste en la entrega indebida del menor por parte de quien tiene a su cargo la crianza o educación del pero no en un abandono como tal. Se trata por tanto, no ya de una ausencia de cuidados sino de una variación de los sujetos encargados de los mismos. El apartado primero recoge el tipo básico, que será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. Por su parte, el apartado segundo regula el tipo agravado, que requiere que se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor, imponiéndose la pena de prisión de seis meses a dos años.

Por último, el artículo 232 CP determina que quienes utilicen menores de edad para la práctica de la mendicidad, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. Además, según el apartado segundo, si para practicar la mendicidad se traficara con ellos, se emplease violencia o intimidación o se les suministrara sustancias perjudiciales para su salud, se les impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años.

Como última consideración, en base al artículo 233 CP el Juez o Tribunal podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 al 232 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

---

<sup>161</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Ob. Cit.*, p. 293.

<sup>162</sup> En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS defiende que parece improbable que se lleven a cabo contenidos de lo injusto suficientemente graves cuando la víctima tenga más de 14 o 15 años. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 117. Igualmente, MOLINA BLÁZQUEZ considera que con dificultad se dará la conducta típica del abandono en mayores de 14 años, consistente en situar al menor en una situación de vulnerabilidad o inseguridad nacida de su falta de autonomía y recursos para valerse por sí mismo. MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Ob. Cit.*, pp. 291 y 292.

<sup>163</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen. *Ob. Cit.*, p. 22.

### 3.2.4. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual

Los menores de 16 años son objeto de una protección específica en el ámbito sexual, en el Título VIII. El fundamento de esta protección reforzada se basa en que, tal y como afirma la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio<sup>164</sup>, “en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas”. Y es que, mediante estas conductas “se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un delito sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y el desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”.

Cuestión esencial y polémica es la determinación de la edad a partir de la cual el Derecho Penal debe de dejar de intervenir en la protección del menor en esta materia. El Código Penal en el Capítulo II bis la edad de 16 años<sup>165</sup>, aunque como veremos también protege fuera de este Capítulo en ocasiones a los mayores de esta edad.

A continuación, mencionaremos brevemente los distintos tipos penales de protección especial del menor, recogidos en este Título.

El actual artículo 183.1 CP tipifica la realización de actos de carácter sexual -sin violencia ni intimidación- con un menor de 16 años como delito de abuso sexual, castigándolo con una pena de prisión de dos a seis años. A su vez, si el abuso sexual consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, se castigará según el artículo 183.3 CP con pena de prisión de ocho a doce años.

El artículo 183 *quater* establece que el consentimiento libre del menor de 16 años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Esto es, el legislador español ha optado, en vez de por un criterio puramente cronológico, por un sistema mixto que introduce criterios ambiguos y personales del menor que necesitarán de un análisis judicial caso por caso sobre el grado de desarrollo o madurez del menor pero que a su vez otorga más flexibilidad y evita que se penalicen los contactos sexuales entre jóvenes en los que no existe lesión al bien jurídico protegido ni conducta delictiva alguna.

En el contexto de las agresiones sexuales a menores de 16 años (es decir, cuando en los ataques contra la libertad y/o indemnidad sexual media violencia o intimidación), el artículo 183.2 CP impone una pena de cinco a diez años de prisión<sup>166</sup>. Si la agresión sexual consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u

---

<sup>164</sup> En concreto, el apartado número XIII del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>165</sup> La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010 elevó la edad de la protección específica de este Capítulo desde los 13 hasta los 16 años. Con carácter previo a esta reforma la edad de consentimiento sexual en España era la más baja en la Unión Europea, de manera que el Comité de los Derechos del Niño (2007) recomendó a España que elevase la edad en aras a otorgar una mayor protección a los menores.

<sup>166</sup> Tal y como establece el artículo 183 CP, se impondrán las mismas penas cuando mediante violencia o intimidación se le obligara a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

objetos por alguna de las dos primeras vías, se castigará según el artículo 183.3 CP con pena de prisión de doce a quince años.

Asimismo, el artículo 183.4 CP determina que las conductas de abuso y agresión sexual se castigarán con la pena de prisión en su mitad superior cuando concurren determinadas circunstancias<sup>167</sup>. El apartado quinto establece que cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

El actual artículo 183 bis CP contempla dos conductas típicas: determinar con fines sexuales a un menor de 16 años a que participe en comportamientos sexuales (castigado con pena de prisión de seis meses a dos años) o hacerle presenciar, con idéntica finalidad, tales actos, aunque el autor no participe en ellos (castigado con pena de prisión de uno a tres años)<sup>168</sup>.

El delito de contacto tecnológico con menores conocido internacionalmente como “child grooming” se introdujo con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio en el artículo 183 bis CP, convertido tras la reforma de 2015 en el actual artículo 183 ter CP. Se busca proporcionar un proceso de formación sexual del menor de 16 años libre de interferencias nocivas<sup>169</sup>. Se prevén, además, penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Situándonos ya en el Capítulo III, el artículo 184 CP sanciona el delito de acoso sexual. El tipo básico exige que exista una relación laboral, docente o de prestación de servicios (continuada o habitual) y que, dentro de esa relación, un adulto solicite favores de naturaleza sexual. El apartado tercero tiene en cuenta la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, enfermedad o situación para la aplicación del tipo agravado.

Los menores de edad (optándose por los menores de 18 años en este caso<sup>170</sup>) son también objeto de protección frente a los actos de exhibicionismo y provocación sexual. Así, el artículo 185 CP castiga al que ejecutare o hiciera ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses. A su vez, el artículo 186 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses al que vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En ambos

---

<sup>167</sup> En este sentido, cuando el menor por sus condiciones intrínsecas se encuentre en una situación de total indefensión y en todo caso cuando sea menor de 4 años; cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas; cuando la violencia o intimidación ejercida revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio; cuando el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano de la víctima; cuando el culpable haya puesto en peligro de forma dolosa o por imprudencia grave la vida o salud de la víctima; cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

<sup>168</sup> Se ha cuestionado la necesidad de este precepto, en el sentido de que la primera de sus conductas podría incluirse dentro del artículo 183 CP mientras que la segunda tendría cabida dentro del delito de exhibicionismo del artículo 185 CP. *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21, 2019, p. 13.

<sup>169</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. “*Ob. Cit.*”, p. 14.

<sup>170</sup> Resulta poco congruente que el mayor de 16 años tenga capacidad para consentir válidamente relaciones completas pero que por el contrario se incriminen conductas de menor trascendencia como las contempladas en estos preceptos. Por ello, la interpretación de las conductas típicas deberá ser restrictiva.

casos, será necesario constatar que las conductas se realizan con ánimo lascivo o con la intención de involucrar al menor en un contexto sexual<sup>171</sup>, incluyéndose únicamente las conductas que incidan de alguna manera de manera negativa en el bienestar y desarrollo del menor<sup>172</sup>.

En España, la prostitución en sí misma no es un delito, sino que lo que se incriminan son determinadas conductas relacionadas con la misma o que puedan implicar su corrupción. En relación con los menores, a diferencia de lo que ocurre con los delitos a la prostitución de mayores de edad, no es necesario que se obligue o coaccione al menor de edad para que se ejerza la prostitución<sup>173</sup>.

En este sentido, el artículo 188 CP recoge el delito de inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de un menor, así como la obtención de lucro o explotación del menor para estos fines. Si se trata de un menor de 18 años nos encontramos ante el tipo básico penado con pena de prisión de dos a cinco años y de multa de doce a veinticuatro meses y si, por el contrario, se trata de un menor de 16 años estaremos ante el tipo agravado castigado con pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. En este delito quedarán incluidos también los clientes de los menores prostituidos puesto que intervienen en la facilitación de la prostitución del menor. Se impondrán penas de prisión más elevadas si los hechos se cometieran con violencia o intimidación (artículo 188.2 CP) y además, cuando concurren determinadas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado (artículo 188.3 CP).

Por último, podemos hacer referencia al delito de pornografía infantil que en base a la Directiva 201/93 UE abarca las imágenes reales de un menor participando en una conducta sexual pero también las imágenes realistas de menores participando en este tipo de conductas, aunque no reflejen una realidad sucedida. En base a la normativa internacional se ha justificado la ampliación del concepto de pornografía infantil contenida en el artículo 189.1 CP<sup>174</sup>.

El artículo 189 castiga al que lleve a cabo actos de producción, difusión y la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores o discapacitados pero también al que use pornografía infantil y al que simplemente acceda a

---

<sup>171</sup> GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, p. 30.

<sup>172</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *Ob. Cit.*, pp. 15 y 16.

<sup>173</sup> GARCÍA ALVAREZ, Pastora. *Ob. Cit.*, p. 31.

<sup>174</sup> En base a este artículo, se considerará pornografía infantil: todo material que represente de manera visual a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada; toda representación de sus órganos sexuales con fines principalmente sexuales; todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada o cualquier representación de sus órganos sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes; y las imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor.

Esta amplia concepción ha sido cuestionada por algún autor como DE LA MATA BARRANCO puesto que cuando estamos ante “imágenes” de menores que no existen en realidad y por ende no necesitan ser protegidos. La intervención penal en estas conductas podría justificarse en el fuerte componente de rechazo social y en el intento por evitar que se extienda este tipo de pornografía lo que, finalmente, conlleva la consagración de un Derecho Penal “carente de fundamento material vinculado a la protección real del menor”. *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *Ob. Cit.*, pp. 21 y 22.

través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación a este tipo de pornografía. Cuando concurra alguna de las circunstancias detalladas en el apartado segundo (entre ellas, la utilización de menores de 16 años), se impondrá la pena de prisión de cinco a nueve años y si los hechos se hubieran llevado a cabo con violencia o intimidación, se impondrá la pena superior en grado a la prevista en su apartado correspondiente.

### **3.3. PERSPECTIVA DE FUTURO: PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA**

Tras un dilatado proceso de consultas, el pasado 9 de junio de 2020 el Consejo de Ministros aprobó remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. Esta Ley pretende mejorar el amparo de los derechos del niño y adolescente en el marco de la CDN mediante la lucha contra la violencia en la infancia y ofrece una protección integral introduciendo novedades en materias muy variadas que afectan tanto al ámbito penal, como civil o administrativo. Así, encontramos nuevos aspectos en la regulación en materia de prevención y detección precoz, de asesoramiento y atención a las familias, a nivel educativo -en toda clase de centros educativos, incluyendo las Universidades-, en servicios sociales, a nivel sanitario, en la regulación de la publicidad y de redes sociales...

Dentro del ámbito penal, la disposición final sexta relativa a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal introduce diversas modificaciones de gran alcance<sup>175</sup>.

- En primer lugar, los delitos de odio (artículos 22.4, 314, 510, 511, 512 y 515.4 del Código Penal) reciben una nueva redacción en la que la edad es introducida como una causa de discriminación. En este sentido, la protección va dirigida tanto a los menores 18 años como a aquellos que por razón de edad se configuren como un colectivo especial merecedor de amparo, como sucedería en el supuesto de las personas de avanzada edad.
- Puesto que en muchas ocasiones los delitos contra los niños y adolescentes son de tardía detección y de lenta asimilación en el plano psicológico, el plazo de prescripción de los delitos más graves cometidos contra menores de edad se amplía de forma que su cómputo comenzará cuando la víctima cumpla los 30 años.
- Por otro lado, el perdón de la persona ofendida como causa de extinción de la responsabilidad criminal se elimina cuando la víctima es menor de edad.
- En relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores de 16 años, se endurecen las condiciones para que el autor de estos delitos pueda acceder al tercer grado de clasificación penitenciaria, a la libertad condicional y a los permisos penitenciarios.
- Para los delitos de asesinato y homicidio cuando el autor y la víctima tuvieran un hijo en común y/o cuando la víctima fuera el hijo del autor, obligatoriamente -y sin perjuicio del

---

<sup>175</sup> En este sentido, *vid.* Exposición de Motivos I del Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.

resto de penas que correspondan- se deberá imponer la pena de privación de patria potestad.

- Por lo que concierne al delito de lesiones del artículo 148.3 CP -atendiendo a las críticas de la doctrina- se incrementa la edad del menor merecedor de una especial protección, desde los 12 hasta los 14 años.
- Se modifica el tipo penal de sustracción de menores de edad del artículo 225 bis puesto que a diferencia de lo que ocurre con la regulación vigente se permite que también sea sujeto activo del delito el progenitor que conviva habitualmente con la persona menor de edad.
- Por último, continuando con el proceso de adaptación del Código Penal a la nueva realidad social influenciada por las nuevas tecnologías de la información, se crean nuevos delitos informáticos para la protección de los menores de edad. Así, se castiga a quienes a través de medios informáticos promuevan el suicidio, autolesión o los trastornos alimenticios entre personas menores de edad.

## 4. CONCLUSIONES

La minoría de edad ya desde los primeros derechos históricos fue considerada como una circunstancia especial que justificaba la aplicación de atenuantes y/o eximentes de la pena en base a la ausencia en el menor de capacidad para delinquir y, por tanto, de ser penado. No obstante, naturalmente el tratamiento jurídico penal del que ha sido objeto el menor de edad ha ido variando a lo largo de la historia hasta llegar a ser lo que es hoy en día.

En España, en la época previa a la codificación, los niños no recibían un tratamiento propio y sistemático. Normas y costumbres arcaicas convivían en un periodo en el que el derecho patriarcal se imponía, de manera que en realidad eran los *paterfamilias* los que decidían acerca del tratamiento jurídico del menor. La aprobación de *Las Partidas de Alfonso X* posee una gran importancia por su rol uniformador de lo jurídico, tanto del Derecho Penal en general como de la minoría de edad penal en particular. A pesar de que la tendencia con el pasar del tiempo ha sido la mayor benevolencia en la imposición de penas a los jóvenes infractores, en esta época eran todavía frecuentes las prácticas crueles e inhumanas.

Con el triunfo de la Ilustración y el comienzo de la codificación española, lentamente se empieza a corregir el cruel régimen que caracterizaba anteriormente al enjuiciamiento de los menores. En este sentido, se observa en los sucesivos Códigos Penales la tendencia general de, por un lado elevar la edad mínima a partir de la cual se puede exigir responsabilidad penal y, por otro lado, de rebajar las penas para aquellos que no alcanzan los 18 años aun ostentando la mayoría de edad penal.

Los Códigos Penales del siglo XIX se caracterizaron por considerar el criterio del discernimiento en la determinación de la edad penal. De esta manera, la responsabilidad penal del mayor de una determinada edad pero menor de 18 años se haría depender del pronunciamiento del Juez sobre su grado de desarrollo y discernimiento. No obstante, la inseguridad jurídica generada con este criterio y el cambio en la consideración sobre el propio menor llevó a que en los Códigos Penales del siglo XX se abandonase este criterio, siendo sustituido por el criterio biológico o cronológico puro, que establece una edad fija por debajo de la cual se es irresponsable penalmente.

La regulación vigente se contiene en el Código Penal de 1995, que en su artículo 19 dispone que los menores de 18 años no serán responsables con arreglo al mismo. Por debajo de esta edad, el menor podrá ser responsable de los hechos delictivos que cometa pero únicamente en virtud de lo establecido en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor. Esto es, únicamente en virtud de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Por otro lado, en referencia al sistema especializado de justicia penal juvenil, la evolución de la jurisdicción de menores ha estado estrechamente relacionada con el cambio en la concepción del menor que se ha tenido a lo largo de los años. De esta manera, los primeros Tribunales Tutelares de Menores se acogen al modelo tutelar o de protección de los menores infractores. Los menores de edad delincuentes eran considerados como seres enfermos que no gozaban de plenos derechos y en consecuencia los Tribunales asumían la responsabilidad de proteger al menor. Al no tratarse de un auténtico proceso jurisdiccional, no se aplicaban las normas procesales comunes ni se consideraba necesario otorgar ningún tipo de garantía procesal.

Con la aparición del Estado de Bienestar y en concreto con la promulgación de la Constitución Española de 1978 se produce una transformación fundamental en la concepción del niño y adolescente. Estos pasan a ser considerados como sujetos actores, sujetos de pleno derecho que pueden participar y modificar su propio medio personal y social, influyendo en las decisiones que afectan a su vida en consonancia con su capacidad y madurez. La noción del menor como sujeto enfermo y como simple objeto de protección es abandonada y con ella, el modelo tutelar o de protección de los menores infractores.

Esta nueva concepción entra directamente en conflicto con la propia figura de los Tribunales Tutelares de Menores y el proceso regulado para los mismos y se hace absolutamente necesaria una reforma legislativa en la materia que la adapte a las nuevas garantías constitucionales. Finalmente, el 13 de enero de 2001 entra en vigor la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

En base a esta Ley, mientras que los menores de 14 años están libres de toda responsabilidad penal, los menores de entre 14 y 18 años serán responsables únicamente en base a sus disposiciones. Por primera vez en nuestro país, se configura un auténtico Derecho Penal de menores de edad diferenciado al de los adultos, con características propias e impregnado de unos principios informadores de entre los que prevalece el interés superior del menor.

Este Derecho no se basa en la culpabilidad del menor, pues presenta un “carácter primordial de intervención educativa” (Exposición de Motivos de la LORPM), inscribiéndose dentro del modelo de justicia penal de responsabilidad. Por ello, la responsabilidad del menor se encuentra articulada no a través de penas juveniles, sino a través de medidas que en vez de un carácter retributivo pretenden una finalidad especialmente educativa y resocializadora.

No podemos dejar de hacer mención a la lentitud generalizada en la construcción de un verdadero modelo de justicia juvenil en nuestro país. Es cuanto menos sorprendente que antes de la promulgación de la LORPM la normativa en vigor fuera -aunque modificada- un texto legal de 1948 que contenía un modelo no acorde a la época como prueban las múltiples críticas por parte de la doctrina. En este sentido, la aprobación primero de la Constitución Española y posteriormente del vigente Código Penal<sup>176</sup> evidenciaban la urgente necesidad de una auténtica renovación legislativa en la materia que no llegó hasta el año 2000. De hecho, es cuestionable que incluso hoy en día contemos con una asentada política criminal si atendemos a las múltiples reformas sufridas en la LORPM.

Por último, en atención a la regulación del menor como sujeto pasivo del delito podemos destacar un paulatino incremento en la protección otorgada, como la experimentada por ejemplo al incrementar la edad de protección en los delitos contra la libertad o indemnidad sexual de los menores o al tipificar un tipo agravado de homicidio cuando el sujeto pasivo es menor de 16 años.

Como hemos indicado en el trabajo, podría criticarse que la protección reforzada ofrecida a lo largo del Código Penal no se haga de manera uniforme y sistemática pecando en ocasiones de arbitraria la decisión de considerar una edad u otra como la merecedora de esta especial protección.

---

<sup>176</sup> Además de otros indicios evidentes como la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño o el fallo del Tribunal Constitucional del 14 de febrero de 1991.

En referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores considero acertado el incrementar la edad del consentimiento sexual por encima de los 13 años por ser una edad demasiado prematura. La opción por los 16 años no obstante sitúa a España como el tercer país con la edad de consentimiento más elevada de Europa lo que podría dar lugar, en vez de a la protección del menor, a la criminalización de las relaciones sexuales entre jóvenes. Asimismo, la regulación general de los delitos sexuales contra menores presenta ciertas incongruencias en cuanto a la protección ofrecida frente al contenido pornográfico puesto que no es comprensible que un joven de 16 años que puede disfrutar de relaciones sexuales de manera legal no sea lo suficientemente maduro como para consumir pornografía.

## BIBLIOGRAFÍA

ABAD, Judit *et al.* “La Exposición de los menores españoles a la violencia familiar”. *Boletín criminológico*, núm. 131, 2011.

ALEMÁN MONTERREAL, Ana. “Reseña histórica sobre la minoría de edad penal”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, num. 11, 2007.

ANTÓN ONECA, Jose. “Historia del Código Penal de 1822”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, num. 18, 1965.

ARIAS EIBE. Manuel José. “La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, 2005.

ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen. “Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español”. *Revista Penal México*, núm. 6, 2014.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “Derecho represivo en España durante los periodos de guerra y posguerra (1936-1945)”. *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 3, 1981.

BLANCO BAREA, Jose Angel. “Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español”. *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 8, 2008.

BUENO ARÚS, Francisco. “La Ley de Responsabilidad Penal del Menor compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal”. *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 25, 2005.

CÁMARA ARROYO, Sergio. *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*. Alcalá de Henares, 2011.

CÁMARA ARROYO, Sergio. “Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 67, 2014.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*. Madrid: Civitas, 1996.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999.

ESCORIHUELA GALLÉN, Carlos Vicente. *El Ministerio Fiscal y la Responsabilidad Penal de los Menores (Aplicación práctica del Principio de Oportunidad en la fase instructora)*. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2016.

GARCÍA ALVAREZ, Pastora. “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad de indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”. *Revista general de Derecho Penal*, núm. 20, 2013.

- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. “Protección al menor en el nuevo Código Penal”. *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 10, 1995.
- GÓMEZ PARDOS, Laura. *Menores víctimas y testigos de violencia familiar*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2011.
- GIMENO SENDRA, José Vicente. “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)” *Revista Poder Judicial*, núm. especial III, 1988.
- GOMEZ RIVERO, Carmen. “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal” *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, 2000.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Montserrat. “Los Tribunales para Niños. Creación y Desarrollo”. *Historia de la Educación*, núm. 18, 1999.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José. *El menor como responsable penal especialmente protegido. El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*. Madrid: Editoriales Dykinson, 2010.
- GRANADO PACHÓN, S. Javier. *El menor infractor: evolución jurídica y mitos del tratamiento jurídico-penal actual*. Huelva: Universidad de Huelva, 2016.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2015.
- JIMÉNEZ FORTEA, F. Javier. “La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España”. *Rev. boliv. de derecho*, núm. 18, 2014.
- MARTÍN OSTOS, José de los Santos. *Jurisdicción penal de menores*. Lisboa: Editorial Juruá, 2016.
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la. “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21, 2019.
- MINGO BASAÍL, M<sup>a</sup> Luisa. “Proceso histórico en el tratamiento de los menores infractores en España: de la punición a la educación”. *Indivisa, Bol. Estud. Invest*, núm. 5, 2004.
- MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, 2003, “Protección penal de los menores: los menores víctimas de delitos”, *Jornadas sobre Derechos de los Menores*, coordinado por Isabel E. Lázaro González e Ignacio V. Mayoral Narros. Universidad Pontificia de Comillas: R.B. Servicios Editoriales, S.L.
- MONTERO HERNANZ, Tomás. *La privación de libertad de menores y los estándares internacionales*. Madrid: Editorial La Ley, 2018.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2013.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Vicente. “Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España”. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 84, 2002.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. “La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 39, 1986.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Delincuencia Juvenil*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2019.

VENTAS SASTRE, Rosa. *La minoría de edad penal*. Madrid: Universidad complutense de Madrid, 2002.

VIDAL HERRERO, María Sonsoles. *Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Hacia un “modelo social de responsabilidad” del menor infractor*. Madrid: Universidad complutense de Madrid, 2015.

VIEIRA MORANTE, Francisco J. “El menor como víctima del delito (1)”. *Diario la La Ley*, núm. 8453, 2015.