

*Revista*  
**SISTEMA PENAL CRÍTICO**

**APUNTES SOBRE LAS APORTACIONES PENALES DE PARTE GENERAL  
INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO,  
DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA  
FRENTE A LA VIOLENCIA**

**NOTES ABOUT THE PENAL CONTRIBUTIONS OF GENERAL  
PART INTRODUCED BY THE ORGANIC LAW 8/2021, ON 4TH OF JUNE,  
ON COMPREHENSIVE PROTECTION OF THE CHILDHOOD  
AND ADOLESCENCE AGAINST VIOLENCE**

**Cecilia Cuervo Nieto**

*Doctoranda en Derecho Penal  
Universidad de Salamanca*



## **RESUMEN:**

El presente artículo trata de ofrecer una visión necesariamente generalista acerca de las novedades que en materia penal introduce la citada LO 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia.

Para ello, se realiza una previa delimitación teórica, a fin de conocer las características propias de la ley, así como su fundamento y finalidad. Una vez realizada esta aproximación, el artículo se centra en el estudio de las reformas que en la tradicionalmente conocida como Parte General de Derecho Penal establece la citada ley. Finalmente, se plantean a modo de cierre unas consideraciones personales.

## **ABSTRACT:**

The current paper tries to offer a necessarily generalist view of the news that in the Penal matter the OL 8/2021 of comprehensive protection to the childhood and adolescence against violence does.

In order to achieve this goal, a previous conceptual delimitation is done so as to know the main characteristics of the law, as well as its basis and purpose. Once this approach is done, the article focuses on the study of the reforms that the quoted law does in the traditionally known as General Part of Criminal Law. Finally, some personal considerations are posed as a closing.

## **PALABRAS CLAVE:**

Infancia, violencia, Derecho Penal, Parte General, reformas

## **KEY WORDS:**

Childhood, violence, Criminal Law, General Part, reforms

## **SUMARIO:**

1.LA LEY ORGÁNICA 8/2021: CONSIDERACIONES GENERALES DE UNA LEY AMBICIOSA. 1.1Entrada en vigor, estructura formal y técnica legislativa. 1.2Fundamento y finalidad de la ley: la protección de los menores como imperativo. 1.3.Breves consideraciones sobre la visión penal de los menores de edad. 1.4Hacia una noción de violencia. 2. REFORMAS PENALES PLANTEADAS POR LA LO 8/2021 3. MODIFICACIONES DE PARTE GENERAL. 3.1Agravante de móviles odiosos y delitos de odio; la edad como criterio. 3.2-Reformas en el ámbito del castigo. 3.3La extinción de la responsabilidad penal en los delitos contra menores. 3.3.1La prescripción. 3.3.2-El perdón del ofendido. 4.CONSIDERACIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA

*“Ay de quien escandalice a uno de estos pequeños que creen en mí, más le vale que le cuelguen al cuello una de esas piedras de molino que mueven los asnos y le hundan en lo profundo del mar<sup>1</sup>”*

---

<sup>1</sup>Mt 18, 6.

## 1. LA LEY ORGÁNICA 8/2021; CONSIDERACIONES GENERALES DE UNA LEY AMBICIOSA

### 1.1. ENTRADA EN VIGOR, ESTRUCTURA FORMAL Y TÉCNICA LEGISLATIVA

El 25 de junio del pasado año 2021 entraba en vigor- de conformidad con lo previsto en la Disposición Final número 25<sup>2</sup>- la mayor parte del articulado<sup>3</sup> de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia (en lo sucesivo, LO 8/2021) también conocida como Ley Rhodes<sup>4</sup>.

En coherencia con la expresa rúbrica de la ley, su art.1.1 señala que “*La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida*”.

De esta declaración de intenciones de su primer precepto, del que resulta la determinación del objeto, resulta llamativa la nomenclatura empleada por la ley, que utiliza la novedosa expresión de niños, niñas y adolescentes, refiriéndose por tales ex. art.2.1, a cualesquiera menores de edad que se encuentren en territorio español con independencia de su nacionalidad o situación administrativa de residencia en España, extendiendo también su ámbito de aplicación a los menores españoles que se encuentren fuera de nuestro país a los efectos descritos en el art.51. Es evidente por tanto la vocación omnicompreensiva de la ley, al menos en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación se refiere<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> “*Esta ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado*”. A tal efecto, la LO 8/2021 se publicó en el BOE el 5 de junio de 2021 (número 134) articulando un periodo general de *vacatio legis* en la señalada Disposición Final número veinticinco de veinte días de duración.

<sup>3</sup> No entraron en vigor en ese momento inicial del 25 de junio los artículos 5.3, 14.2, 14.3, 18, 35 y 48.1.b) y c), cuyos efectos jurídicos comenzaron a desplegarse en el plazo de los seis meses siguientes a la citada fecha de entrada en vigor. Asimismo, la reforma prevista en la Disposición Final número catorce en relación con la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias se pospuso al 1 de enero de 2022. En cualquier caso, a la fecha de redacción de este artículo todo su contenido se encuentra ya plenamente vigente.

No obstante, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional admitió a trámite mediante providencia de 7 de octubre de 2021 un recurso de inconstitucionalidad formulado por el Grupo Parlamentario de Vox contra los artículos 30 párrafo 2.º; 3 b); 26, apartados 2 y 3; 27; Disposición Final primera apartado 9, y Disposición Final segunda apartado. 1, de la ley, recurso pendiente aún de resolución pero cuya admisión- por mor del art. 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional- no suspende en ningún caso la vigencia de los preceptos recurridos (salvo lo previsto en el art.161.2 CE, que no resulta de aplicación al supuesto concreto).

Véase AZAGRA MALO, Jorge y ADELL TRONCHO, Belén, 2021. “Un aproximación a la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 57, página 170. (Fecha de consulta, 28/09/2022).

Recuperado de <https://www.uria.com/es/publicaciones/7857-Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia | Uría Menéndez | uria.com>

<sup>4</sup> La ley, y así lo manifestó expresamente en sede parlamentaria la Ministra de Derechos Sociales y Agenda 2030, obedece en su inspiración al impulso personal del pianista de origen británico, pero nacionalizado español, James Rhodes, quien confesó haber sufrido abusos y maltrato durante su infancia.

<sup>5</sup> Conviene no desconocer que el término de menor de edad o menores, ampliamente extendido en España (incluso con evidente significación jurídica, véanse los procesos de menores, o las leyes que regulan la responsabilidad penal del menor) es visto con recelo y desconfianza en muchos países latinoamericanos, tales como Chile o Perú, que prefieren utilizar una terminología más inclusiva, más respetuosa, de los niños y niñas- y por la que expresamente se inclina la LO 8/2021- frente al término un tanto peyorativo por simplista, en su concepción, de los menores.

Por su parte, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define menor de edad como “Que no ha alcanzado la mayoría de edad”. A tal efecto, hay que recordar que esa mayoría se fija en el ordenamiento jurídico español en los dieciocho años de edad (ex. art. 12 CE y 240 CC) y lleva consigo la consolidación de la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de ciertos actos jurídicos particulares que exigen una edad incluso superior (como por ejemplo, la adopción, que exige que el adoptante sea mayor de veinticinco años ex art.175 y ss CC).

Es más, se plantea como carencia del ordenamiento español el que este no contemple jurídicamente varias categorías, no diferenciando así a efectos legales entre las categorías de niño, adolescente o joven ( si bien el constituyente sí que se refiere a estos expresamente- empleando el término “juventud”—en el art 48 CE, así como a los niños en el art 39 CE al que me referiré seguidamente) distinguiendo de manera muy simplista solamente entre menores y mayores de edad con arreglo asimismo al criterio exclusivamente cronológico ( y ello sin perjuicio de la nueva denominación inclusiva empleada por la ley de “niños, niñas y adolescentes”, que no obstante carece de trasposición jurídica real, quedando en una cuestión casi de mera semántica).

No obstante, respecto a la materia penal que aborda la ley, la citada terminología inclusiva no aparece posteriormente reflejada en el Código Penal<sup>6</sup> (por ejemplo, la palabra adolescente no figura en todo su articulado) puesto que los nuevos tipos penales introducidos continúan empleando el término mucho más abierto y genérico de menores de edad, e incluso, de forma loable aunque asistemática incorporan también expresamente como sujeto pasivo de tales delitos a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección (utilizando así el concepto que en su día introdujo la LO 1/2015 de 30 de marzo en el art.25 CP y que acertadamente sustituye al siempre cuestionable término de incapaz)<sup>7</sup>.

La Ley 8/2021 consta de un total de sesenta artículos, estructurados mediante un título preliminar y cinco títulos, nueve disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y veinticinco disposiciones finales. Sigue la técnica propia de las llamadas leyes integrales- iniciada en España con la LO 1/2004 de Medidas de Protección Oficial contra la Violencia de Género- con una pretensión de, en virtud de su carácter transversal, someter a su ordenación todas aquellas vertientes o ámbitos en los que transcurre la vida de los menores.

De hecho, una de las virtudes más aplaudidas de la ley es precisamente esa naturaleza global, integral y expansiva de sus disposiciones y ello aun cuando el recurso a esta técnica legislativa comienza a generalizarse excesivamente en relación con determinadas materias<sup>8</sup>, suscitando ciertos temores en la doctrina- entre otros, LLORIA GARCÍA quien llega a hablar de una “nueva forma de codificación”<sup>9</sup> o FERNÁNDEZ PANTOJA<sup>10</sup>, que cuestiona el uso y hasta abuso de las leyes integrales-.

De esta manera, en su vocación de articular una suerte de respuesta global ante el incuestionable fenómeno de la violencia ejercida sobre los menores de edad, la ley incide en multitud de cuestiones, de índole civil, administrativa, educativa, sanitaria, procesal y también penal a través de un largo catálogo de Disposiciones Finales que introducen sucesivas modificaciones legales hasta en quince cuerpos normativos diferentes<sup>11</sup>, configurándose así como una verdadera ley ómnibus de intenso calado en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, esta transversalidad se manifiesta también en las propias medidas contempladas en la ley, en tanto que estas comprenden en una fase previa la sensibilización, prevención y detección precoz de la violencia- me-

---

En este sentido, el art.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “*se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años*”.

<sup>6</sup> En adelante, CP o Código Penal indistintamente.

<sup>7</sup> No obstante, y de manera ciertamente desordenada (por ejemplo, el art.177 bis CP emplea tanto el término “menor de edad” como el más reciente de “persona menor de edad”) sí que se han producido algunos cambios terminológicos, tales como sustituir el término “menor” por el de “persona menor de edad” en los arts. 177 bis 1 último párrafo, 189.2 g), 201.2 y 225 bis 2 CP.

<sup>8</sup> Es más, se viene planteando recientemente la posibilidad de legislar precisamente a través de este cauce de las leyes integrales materias tan dispares como la trata de seres humanos o las medidas de seguridad para sujetos inimputables o semiimputables.

En este sentido, no son pocas las voces, fundamentalmente desde el ámbito civil y de diversas ONG, que abogan por la elaboración en España de una Ley integral de lucha contra la trata. De hecho, puede afirmarse que tal pretensión se encuentra ya procedimentalmente iniciada por parte del Ministerio de Justicia. A tal efecto, la página web del Palacio de La Moncloa, el día 29 de marzo de este año publicaba el siguiente titular; “Justicia avanza en la elaboración de de la ley integral contra la trata de seres humanos”, al tiempo que afirmaba que “La ministra de Justicia, Pilar Llop, ha aprobado una orden ministerial por la que se constituye una Sección especial de la Comisión General de Codificación para la elaboración de la ley integral contra la trata de seres humanos”.

Recuperado de <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2022/290322-ley-contra-trata.aspx> (Fecha de consulta, 20/08/2022).

<sup>9</sup> LLORIA GARCÍA, Paz, 2022. “La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código Penal. Algunas consideraciones”. *IgualdadES*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 6, pp. 271-298, página 274. (Fecha de consulta, 21/09/2022).

Recuperado de <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-07/39798igdes609lloria-gacia.pdf> (cepc.gob.es).

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, 2021. “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia; a la vez una reflexión acerca del uso (y/o abuso) de la técnica de las leyes integrales”, *Cuadernos de Política Criminal*, Dykinson, N° 134, 5-45. (Fecha de consulta, 21/09/2022).

Recuperado de <https://www.dykinson.com/libros/cuadernos-de-politica-criminal-numero-134/ISSN0210-4059-numero-134/>

<sup>11</sup> Tales cuerpos normativos son los siguientes; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Civil, la Ley Orgánica General Penitenciaria, la Ley General de Publicidad, el Código Penal, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores, el Texto Refundido sobre infracciones y sanciones en el orden social, la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente, la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

didadas estas a las que se da una gran prioridad- regulando igualmente medidas sancionadoras, también de carácter penal en los términos que se expondrán más adelante.

## 1.2 FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA LEY: LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES COMO IMPERATIVO

El fundamento de la ley es claro; proteger a los menores frente a la violencia- si bien este último concepto, el de la violencia, está lejos de ser, al menos jurídicamente, un término pacífico o unívoco- considerando a estos, los menores, personas que por su inferior grado de desarrollo y madurez se encuentran en una posición de evidente desequilibrio y desventaja en su relación con los adultos, lo cual los coloca en una situación de especial vulnerabilidad que demanda medidas y políticas activas por parte de los diferentes poderes públicos.

La protección de los menores es así un imperativo moral podría decirse. Pero también histórico, pues la Historia, tristemente, nos ofrece abundantes casos en los que, ya desde tiempos inmemoriales (piénsese en la matanza de los inocentes ordenada por el rey de Judea Herodes I el Grande en el siglo I a.C.) la mayor debilidad de los menores los ha convertido en víctimas propiciatorias, las llamadas víctimas ideales<sup>12</sup>, de numerosos delitos e injusticias<sup>13</sup>.

Es más, la protección de los niños, niñas y adolescentes trasciende ya del plano meramente ético, moral o histórico, alcanzando la vertiente jurídica al convertirse en un verdadero mandato o imperativo, no solo legal sino también constitucional en el caso español y tanto a nivel interno como internacional.

A tal efecto, el constituyente acogió este imperativo al establecer en el art.39- en materia de protección de la familia- párrafo cuarto de la Constitución Española de 1978 que “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. Como se ve, el precepto contiene una expresa referencia a los tratados y acuerdos internacionales que sobre la materia haya ratificado España, algunos de los cuales son también referenciados en el texto del Preámbulo de la LO 8/2021.

No obstante, conviene tener en cuenta el alcance, ciertamente limitado, del mandato constitucional, toda vez que el citado artículo forma parte por su ubicación de los llamados Principios rectores de la política económica y social del Capítulo Tercero del Título Primero de la Carta Magna, por lo que carece del nivel máximo de protección y eficacia que sí se reconoce a los derechos fundamentales del Capítulo Segundo del mismo Título<sup>14</sup>.

Pero más allá de estos imperativos, el legislador vincula expresamente en el primer párrafo del Preámbulo de la LO 8/2021 la protección de la infancia frente a la violencia con los derechos humanos. Así, señala que “*la lucha contra la violencia en la infancia es un imperativo de derechos humanos*”, conectando íntimamente- como ya lo hiciera el constituyente- dicha protección con los diferentes instrumentos internacionales sobre la materia (en virtud del mandato que a tal efecto contiene el art.10.2 CE<sup>15</sup>).

Del mismo modo, el Preámbulo destaca especialmente por su importancia la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño- adoptada por unanimidad por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España al año siguiente- a la que evidentemente responde la meta número 16.2 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible.

---

<sup>12</sup> Al efecto, véase VINAGRE GONZÁLEZ, Agustina M., 2019. “Víctimas especialmente vulnerables (I): el menor y el anciano como víctimas”, en LAGUNA HERMIDA/GÓMEZ GARCÍA (coords.), *Manual de Victimología*, Madrid, Delta, página 65.

<sup>13</sup> En este punto, MOYA GUILLEM y DURÁN SILVA acertadamente señalan que “La investigación victimológica ha acreditado que los menores de edad tienen, por lo general, una mayor propensión victimal, sobre todo en el ámbito familiar, por su indefensión (...)”. MOYA GUILLEM, Clara y DURÁN SILVA, Carmen, 2022. “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, *InDret*, N° 1/2022, página 416. (Fecha de consulta 22/09/2022). Recuperado de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/398651-Text%20de%201'article-579852-1-10-20220316.pdf

<sup>14</sup> Esto es, conviene recordar que este precepto está integrado en el Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución - *Principios rectores de la política económica y social*- lo que implica que, pese a lo previsto en el art.53.3 CE, su nivel de eficacia sea mucho menor que el de los derechos fundamentales *strictu sensu* de la Sección Primera del Capítulo II de ese mismo Título ( a modo de ejemplo, señalar que estos principios solo pueden invocarse ante la jurisdicción ordinaria, no estando incluidos dentro del ámbito del recurso de amparo ante el TC) configurándose fundamentalmente como una suerte de normas programáticas que establecen criterios de actuación de los poderes públicos, y ello sin perjuicio de su evidente rango constitucional.

<sup>15</sup> “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*”

Asimismo, el Preámbulo también hace referencia expresa a otros instrumentos internacionales de los que se deriva el imperativo de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siguiendo la terminología de la propia ley, tales como el Tratado de Lisboa (art.3) en el ámbito comunitario de la Unión Europea.

Igualmente, dentro del ámbito territorialmente superior del Consejo de Europa, el Convenio número 201 para la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual (Convenio de Lanzarote, 2010) el Convenio número 210 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, 2011) o el Convenio número 185 sobre Ciberdelincuencia (Convenio de Budapest, 2001).

Es más, la ley supone la culminación de todo un previo proceso que busca satisfacer las demandas y aun requerimientos que desde el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño- como órgano colegiado constituido en garante y supervisor del adecuado cumplimiento por parte de los Estados firmantes de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas- se venían planteando a España.

Tales demandas se vinculaban a la pretensión de articular jurídicamente una ley general o sistemática que constituyera el cauce de Derecho positivo para una más eficaz lucha contra la violencia infantil que pudiera además revertir las debilidades inoperantes derivadas de la fragmentación legislativa propia del reparto competencial del Estado de las Autonomías, con una normativa autonómica no siempre observante de las disposiciones de la Convención.

A tal efecto, ya en el año 2010 y a raíz del análisis por el Comité de los informes combinados tercero y cuarto remitido por España sobre la situación de los niños en nuestro país, dicho Comité aconsejó aprobar una ley integral sobre la violencia contra los menores, similar a la ya existente en materia de violencia de género, que garantice además, en una de las aspiraciones más reiteradamente planteadas sobre esta cuestión por el Comité, una mayor armonización entre las diferentes Comunidades Autónomas y el Estado.

Posteriormente, en el año 2017, el Comité volvió a dirigir una clara llamada de atención a España, considerando a todas luces insuficientes las reformas acaecidas en el ordenamiento jurídico español (especialmente en materia penal de la mano de la ómnibus LO 1/2015 de 30 de marzo) al declarar en relación con el análisis de los informes combinados números cinco y seis que lamentaba la falta de progresos y avances relevantes o significativos en la aprobación de una ley general sobre la violencia contra los menores.

Es por ello que, ante la evidente insatisfacción del Comité de Derechos del Niño, la presente LO 8/2021, y así lo expresa en el Preámbulo, pretende dar ya sí debido cumplimiento a esa lejana recomendación del año 2010 de articular y aprobar una ley integral de violencia contra los niños<sup>16</sup>.

No obstante, el legislador no condiciona la aprobación de la ley solamente a compromisos internacionales válidamente asumidos por España, sino que lo conecta directamente con una suerte de imperativo social, a través de la en mi opinión poco afortunada expresión de “*sano desarrollo de nuestra sociedad*” que evoca reminiscencias de periodos históricos que no por oscuros resultan tan lejanos en el tiempo<sup>17</sup>.

### **1.3. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA VISIÓN PENAL DE LOS MENORES DE EDAD**

Conviene plantear aquí, a modo de breve digresión, ciertas cuestiones sobre la compleja relación entre menores y Derecho Penal, entendiendo por menores genéricamente lo que la nueva ley denomina como niños, niñas y adolescentes, más acorde con las actuales coordenadas semánticas.

---

<sup>16</sup> A tal efecto, es clara la relevancia, al menos teórica, de las recomendaciones emanadas del Comité de Derechos del Niño, no debiendo olvidar que, una de las razones esgrimidas en su día por el legislador español para la elevación desde los trece hasta los actualmente dieciséis años de edad para fijar la edad mínima para emitir un válido consentimiento en materia sexual fue precisamente una recomendación del Comité del año 2007, así como, según se dijo, la necesidad de armonizar y aproximar criterios con otros Estados europeos de nuestro entorno.

Ello dio lugar a la modificación del art 183 CP y del Capítulo II bis del Título VIII- Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexuales- del Libro II del CP, en términos que, no obstante su referido fundamento, han merecido abundantes críticas de la doctrina.

<sup>17</sup> “*La aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños, niñas y adolescentes no solo responde a la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico los compromisos internacionales asumidos por España en la protección integral de las personas menores de edad, sino a la relevancia de una materia que conecta de forma directa con el sano desarrollo de nuestra sociedad.*”

Me refiero claro está, aunque salvando las- evidentemente inmensas- distancias, al controvertido por difuso concepto de peligro para el “sano sentimiento del pueblo alemán” (*Gesundes Volksempfinden*) erigido durante el *Tercer Reich* como fundamento de las medidas de seguridad- predelictuales- en Alemania para, en aras de un supuesto beneficio público de la comunidad, legitimar formalmente el exterminio sistemático de enfermos mentales- la conocida como *Aktion T4*, de inspiración darwinista- y de judíos, entre otros colectivos incómodos para el régimen.

Es mayoritaria la doctrina- RAMOS VÁZQUEZ, DÍAZ CORTÉS, entre otros- que considera que sobre esta materia existe una suerte de relación dicotómica en que puede resumirse la postura que tradicionalmente viene siguiendo el legislador (no solo el patrio sino también el siempre más difuso legislador internacional) en relación con los menores de edad. Tal dicotomía puede expresarse conforme al paradójico binomio de menor- sujeto y menor -objeto.

Por una parte, el menor debe ser reconocido- y creo que la presente LO 8/2021 hace un notable esfuerzo en este sentido- como sujeto autónomo, hablándose del menor eficiente verdadero titular de derechos. A tal efecto, esta vía dirigida a la consideración del menor como sujeto virtualmente independiente fue precisamente iniciada ya en el año 1989 de la mano de la citada Convención de los Derechos del Niño, que reconoce a los menores como verdaderos ciudadanos, atribuyéndoles así derechos en ámbitos otrora excluidos de toda participación infantil, tales como el derecho de participación en la vida social y en los asuntos que les afecten.

Frente a ello, el menor es también (y así se deduce de la práctica totalidad de la normativa, especialmente penal, al respecto) un mero objeto de derechos que carece de aptitudes suficientes para ejercitarlos por sí, siendo una persona particularmente dependiente y vulnerable que requiere, que necesita de una actitud singularmente protectora y paternalista por parte de los diferentes poderes públicos.

Si se valora el espíritu inspirador de la normativa, a diferentes niveles, sobre menores de edad es claro que la visión preponderante es la del niño-objeto, incurriendo la mayoría de las veces en una visión tan arquetípica como idealizada de los menores como ser incólumes y puros que deben preservarse de casi cualquier contacto con los adultos (siendo este planteamiento especialmente evidente en el ámbito penal, con tipos penales desproporcionados en relación con los delitos del Título VIII del Libro II CP, particularmente con delitos como el *child grooming* del art 183 Ter CP o la tenencia de pornografía infantil ex art.189.5 CP).

En todo caso, es importante no perder de vista que ni siquiera la mejor y más bienintencionada vocación de proteger a los menores puede amparar ni llevar consigo la privación, restricción o cualquier otra forma de injerencia negativa al reconocimiento de aquellos derechos de que los menores son legítimamente titulares.

Esta compleja por antitética relación se agudiza especialmente en el ámbito de las nuevas tecnologías, las llamadas TIC<sup>18</sup> (Tecnologías de la Información y la Comunicación), ámbito este en el que al anterior binomio de menor-sujeto y menor-objeto, se le podría añadir un segundo binomio dicotómico de oportunidades y riesgos.

Oportunidades porque el menor, en tanto que nativo digital<sup>19</sup> se encontraría cronológicamente como grupo etario a la vanguardia de la revolución digital. Y riesgos porque, al mismo tiempo, los menores constituirían precisamente unos de los colectivos socialmente más vulnerables para configurarse como víctimas idóneas ante los innegables peligros que las nuevas tecnologías, y muy particularmente Internet, como nuevo espacio criminógeno llevan consigo.

A tal efecto, el legislador es especialmente sensible a esta cuestión de las TIC y adoptando en este sentido una visión claramente más vinculada a la percepción de las mismas como fuente de riesgos que de oportunidades, contempla estas nuevas tecnologías como medio comisivo de los cuatro nuevos tipos penales que introduce la LO 8/2021 en el Código Penal.

Es decir, estos nuevos tipos penales tienen por objeto castigar la distribución o difusión pública a través de las nuevas tecnologías de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio (art. 143 bis CP) a la autolesión (art. 156 ter CP) a la comisión de los delitos de abuso y agresión sexual de los menores de 16 años y de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 bis CP) y de contenidos destinados a promover o facilitar el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas (art 361 bis).

---

<sup>18</sup> En este sentido, RAMIRO VÁZQUEZ, Julia, 2013, “Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de Internet”, *Menores e Internet*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, página 31.

Véase también DÍAZ CORTÉS, Lina, 2018. “Menores e Internet: entre las oportunidades y los riesgos. Un punto de partida para entender las políticas criminales”, *Algunos desafíos en la protección de los datos personales*, Granada, Editorial Comares, página 140.

<sup>19</sup> Término acuñado por el estadounidense Mark PRENSKY, en su artículo “Nativos e inmigrantes digitales” (2001). Véase PRENSKY, Mark, “Nativos e inmigrantes digitales”, *Cuadernos SEK 2.0*, Institución educativa SEK (adaptación al castellano del texto original “*Digital natives , Digital Immigrants*”). (Fecha de consulta 24/09/2022).

Recuperado de [https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf)

#### 1.4. HACIA UNA NOCIÓN DE VIOLENCIA

Conviene asimismo, retomar y no pasar por alto una cuestión ya planteada, cual es la de la violencia que la ley pretende combatir, toda vez que se erige en auténtico tema axial que vertebra la ley, presidiendo y aun inspirando la finalidad y filosofía de la misma. A este respecto, ya se ha señalado que el art.1.1 de la ley declara que esta tiene por objeto garantizar la integridad de los menores- niños, niñas y adolescentes- frente a cualquier forma de violencia, reafirmando en este objetivo en el art. 3 en relación con las diversas finalidades perseguidas.

El mismo artículo primero, en su segundo apartado, contempla una definición legal de violencia, si bien concebida esta en términos tan amplios que resulta de cierta vaguedad. De esta manera, la ley señala que:

*“A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad- prescinde aquí el legislador de la terminología inclusiva de niños, niñas y adolescentes- de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital<sup>20</sup>.*

*En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.”*

La citada vaguedad en que incurre el precepto- poco observante al parecer de la exigencia de *Lex Certa* y del principio de taxatividad derivado del principio de legalidad penal<sup>21</sup>- se enmarca en la no menos criticable tendencia de asimilar violencia con la mera trasgresión, inobservancia o incumplimiento de un mandato o disposición jurídica, favoreciéndose de este modo la fáctica consolidación de un término de violencia cada vez más desdibujado, desvirtuado y vaciado de contenido verdaderamente jurídico, máxime cuando la ley objeto de análisis no es una ley ni exclusiva ni estrictamente penal, sino que sus disposiciones alcanzan de manera omnicompreensiva cualesquiera ámbitos en que se despliega la vida de lo que da en llamar niños, niñas y adolescentes.

En esta misma línea, GARCÍA LLORIA lamenta que “ el legislador use esta terminología mediática y poco ortodoxa desde el punto de vista jurídico para referirse a fenómenos que no son identificables con el uso de medios de coacción física (o moral) exclusivamente<sup>22</sup>”.

Del mismo modo, me resulta cuestionable la absoluta y asimétrica asimilación que el legislador realiza en el párrafo siguiente, en su enumeración (absolutamente desordenada y asistemática, a modo de *totum revolutum*) de actos de violencia para los efectos de la ley, obviando mínimos estándares de proporcionalidad, y vinculando hasta el punto de identificar como violencia comportamientos tan dispares y merecedores de muy diversa calificación y respuesta penal en tanto que atentan contra bienes jurídicos completamente distintos- y excluyendo por cierto el primero de ellos, cual es la vida-

---

<sup>20</sup> En este sentido, ya se apuntaba que la ley es especialmente sensible con la cuestión relativa a las TIC, especialmente en materia penal como se señalaba.

En todo caso, ello no es sino una exigencia derivada de la propia realidad social a la que todo instrumento jurídico aspira a servir. A tal efecto, esta clase de violencia se ha visto recientemente notablemente incrementada, especialmente a través de actos de acoso. Véase al efecto LÓPEZ FONSECA, Óscar, 2022, “La violencia digital creció más de un 17% en el último año”, *Elpais.com*, 4 de agosto. (Fecha de consulta 24/09/2022).

Recuperado de <https://elpais.com/espana/2022-08-04/la-violencia-digital-crecio-mas-de-un-17-en-el-ultimo-ano.html>

<sup>21</sup> Recuérdese que la *Lex Certa* no es sino una exigencia derivada del principio de legalidad penal ampliamente reconocido tanto a nivel interno (art 9.3 y 25.1 CE; art 2 y 3CP, principalmente) como internacional (tales como la Constitución estadounidense de 1787- Enmienda V y Enmienda VI- la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789- art.8- y más recientemente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 -art.11.2- o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 -art.7-).

La citada exigencia implica que la definición de los delitos y las penas y medidas de seguridad debe realizarse taxativamente mediante tipos cerrados y elementos descriptivos, sin dejar lugar o espacio a la imaginación subjetiva del operador jurídico-penal.

<sup>22</sup> GARCÍA LLORIA, Paz, 2022, *Op. Cit.*, ...p.276.

Esta asimetría se refleja por ejemplo en la inclusión dentro del mismo concepto de violencia de conductas tales como el descuido o trato negligente, de un lado y la mutilación genital o la trata, de otro (y ello sin perjuicio de la cuestionable incorporación conjunta dentro de la definición de conductas dolosas con negligentes- término reconducible en materia penal a la imprudencia<sup>23</sup>).

Es decir, el amplísimo concepto de violencia esbozado aquí por el legislador poco tiene que ver con el concepto jurídico penal de la misma, ni en la forma o medios de ejercerla, ni en sus destinatarios, ni en la modalidad subjetiva de las conductas- dolosas o imprudentes- ni en los resultados dañosos- “amenaza” o “interfiere”- etc.

En palabras de GONZÁLEZ TASCÓN, la ley pretende en su indefinida definición legal de violencia “impedir su identificación únicamente con la violencia de naturaleza física e intencional<sup>24</sup>,” dotándola de un contenido mucho más amplio que impida que queden impunes conductas atentatorias de los derechos de los menores pero que no revisten de extraordinaria gravedad, con una finalidad por ende marcadamente simbólica que, aunque loable en su aspiración no se compece con la vocación garantista del Derecho Penal.

En este sentido, es gratificante la distinción que el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico sí emplea respecto del término violencia, vinculando la violencia en el ámbito penal al empleo de fuerza física<sup>25</sup>, mientras que el Diccionario de la Real Academia Española, obviamente más generalista, prescinde del recurso a la *vis* física como elemento nuclear o identificador de la violencia.

Esto es, la violencia admite numerosas adjetivaciones y en un texto con las aspiraciones de la LO 8/2021 estas deberían ser suficientemente descritas y delimitadas, a fin de evitar entrar en zonas resbaladizas que dificulten la necesaria delimitación entre las conductas trasgresoras y las conductas que, además de trasgresoras, son también delictivas y por tanto punibles, siendo por tanto necesario deslindar los próximos pero necesariamente diferentes conceptos de violencia, fuerza, infracción y delito<sup>26</sup>.

Y precisamente por admitir tantas adjetivaciones resulta especialmente criticable la definición acogida por el legislador, que si bien pudiera resultar satisfactoria en otro ámbito, no ocurre tal cosa en materia penal, que por mor de las vulneraciones de derechos fundamentales que legitima y ampara a través del monopolístico ejercicio del *Ius Puniendi* por parte del Estado, debe ser siempre una materia objeto de especiales cautelas- tanto en su creación inicial por el legislador como en su posterior aplicación por los operadores jurídicos- extensibles también en el ámbito terminológico, toda vez que las palabras no debieran ser inocentes.

De esta manera la ley, siendo tan necesaria como loable en su finalidad de proteger a los menores (ya se ha señalado además la insistencia por parte del Comité de Derechos del Niño al efecto) incurre no obstante en lo que podríamos llamar males o defectos propios del Derecho Penal postmoderno, de la sociedad del riesgo y que caracteriza desgraciadamente la actualmente vigente Política Criminal de nuestro tiempo.

Así, la ley presenta un enfoque podría decirse que exclusiva y casi excluyentemente victimocéntrico<sup>27</sup>, respondiendo a la tendencia uniformemente seguida por las reformas penales de los últimos tiempos dirigidas al endurecimiento de las penas y a la incorporación de nuevos tipos penales- en una ya consolidada inflación

---

<sup>23</sup> Téngase en cuenta que en España la incriminación penal de la imprudencia responde a un criterio de *numerus clausus* ex. art 10 y 12 CP, de modo que para que una conducta imprudente sea penalmente relevante deberá estar expresamente tipificada en esa concreta modalidad subjetiva. Además, en el vigente CP solamente son delictivas la imprudencia grave y la menos grave, habiendo desaparecido la imprudencia leve, constitutiva tradicionalmente de falta, y relegadas muchas de ellas al ámbito propio del Derecho Administrativo Sancionador tras la expresa derogación del Libro III del CP que las regulaba mayoritariamente, operada por la LO 1/2015.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, “Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal”, *Diario La Ley*, N° 9902, 5, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, página 3. (Fecha de consulta 22/09/2022). Recuperado de: <https://bit.ly/3wqxqOT>

<sup>25</sup> El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define la violencia en el ámbito penal como “fuerza física que aplica una persona sobre otra y que constituye el medio de comisión propio de algunos delitos, como el robo y los delitos contra la libertad sexual, entre otros”. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/violencia1>

<sup>26</sup> Véase al efecto RUIZ RODRÍGUEZ, L. y AGUDELO, G. (coords), 2019. *Transiciones de la política penal ante la violencia realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*, San José (Costa Rica), Editorial Jurídica Continental, páginas 48 y ss.

<sup>27</sup> A tal efecto, cada vez resulta más cuestionado el excesivo protagonismo a través de su directa participación en las diferentes fases del procedimiento penal que las víctimas han venido adquiriendo, particularmente a partir del Estatuto de la Víctima de 2015- resultado de la trasposición al ordenamiento interno de la Directiva 2012/29/UE-, muestra nuevamente del populismo punitivo y de un Derecho Penal a la carta de las demandas sociales, y ello sin perjuicio además de la creciente importación que desde modelos anglosajones del *Common Law* se viene planteando en España en relación con la justicia restaurativa y la mediación penal (especialmente en materias como la delincuencia juvenil).

punitivista- que carecen en ocasiones de una realidad subyacente que justifique la intervención punitiva al tratarse de conductas de muy escasa trascendencia penal, dando así lugar al progresivo engrosamiento, hasta términos realmente elefantiásicos, del Código Penal que poco se compadece con el principio de *ultima ratio* que debiera inspirar toda intervención punitiva en un Estado de Derecho.

Es decir, el victimocentrismo parece haberse erigido en único foco que guía y alumbraba la vigente Política Criminal (de corte expansivo) que busca satisfacer así en primera instancia las demandas sociales dirigidas al endurecimiento progresivo de la reacción penal con la consiguiente reducción de las garantías, demandas estas sabiamente orientadas, azuzadas incluso, por la enorme influencia de los *mass media*, capaces de expandir un intenso alarmismo social a través del enfoque mediático con el que abordan según qué temas.

De esta manera, la noción- más que definición por su imprecisión y vaguedad- de violencia dada por el legislador responde desgraciadamente más a un enfoque sociológico que verdaderamente jurídico, y especialmente penal. Se dibuja la violencia de forma tan amplia y difusa que cualquier acto de incumplimiento de la ley es ya subsumible en esa omnicomprendida idea que de ella se predica, porque, además, la ley difumina los diferentes sectores del ordenamiento jurídico, siendo difícil delimitar las conductas con consecuencias civiles de las que provocan efectos penales.

Es claro que la catalogación de violencia planteada no se ajusta al carácter de *ultima ratio* penal, y que inobserva asimismo la naturaleza fragmentaria y subsidiaria que constituye la esencia de nuestro Derecho Penal<sup>28</sup>. Desconocer u obviar estas premisas básicas que rigen el funcionamiento del Derecho Penal garantista de un Estado de Derecho debiera ser preocupante para cualquier jurista.

Una vez que se han planteado las anteriores consideraciones de carácter general a modo de, creo, necesaria contextualización teórica, procede abordar ya sí las cuestiones eminentemente penales que plantea novedosamente la citada LO 8/2021.

## **2. REFORMAS PENALES PLANTEADAS POR LA LO 8/2021.**

Tal como se apuntaba al inicio, la LO 8/2021 introduce, mediante un sistema de Disposiciones Finales, numerosas modificaciones en un amplio elenco de aquellas normas jurídicas que de un modo u otro regulan la vida del menor en sus diferentes esferas, haciendo gala así de esa naturaleza transversal ya aludida.

En este sentido, uno de los cuerpos legales objeto de reforma, tal como se ha apuntado, ha sido el Código Penal, en virtud de la Disposición Final sexta, que contiene a su vez hasta treinta y cinco apartados, con novedades penales tanto en materia de Parte General como de Parte Especial.

A tal efecto, grosso modo, pueden destacarse las siguientes:

- Se incorpora la edad dentro del catálogo de móviles odiosos de la circunstancia agravante del art.22.4 en los términos que luego expondré.
- El plazo de prescripción de ciertos delitos cometidos contra menores de edad se amplía sustancialmente, pasando a computarse a partir de que la víctima haya cumplido los treinta y cinco años de edad.
- Se elimina el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal, cuando la víctima del delito sea menor de edad.
- La imposición de la pena de privación de la patria potestad a los reos de homicidio o asesinato tendrá carácter imperativo para la autoridad judicial cuando el autor y la víctima tuvieran en común un hijo y cuando la víctima fuera hijo del autor.
- La edad a partir de la cual se aplicará el subtipo agravado del delito de lesiones previsto en el apartado tercero del art.148 CP pasa de doce a catorce años.
- Se reforman los tipos agravados de los delitos de agresión sexual (art.180 CP) de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (art.183 CP) y de los delitos de prostitución y explotación sexual y corrupción de menores (art.188 y 189 CP).

---

<sup>28</sup> Naturaleza con arreglo a la cual este peculiar sector del ordenamiento jurídico se configura como último recurso para la resolución de los conflictos y la garantía de un cierto orden y convivencia, de modo que solo cuando el resto de herramientas o instrumentos jurídicos de los que válidamente se vale el Estado se hayan revelado insuficientes o inoperantes ante un conflicto determinado, estará legitimada la intervención punitiva estatal que, por otra parte, solo podrá además dirigirse a castigar los comportamientos o ataques más graves contra los bienes jurídicos más fundamentales

- Se modifica el alcance de la excusa absolutoria del artículo 183 Quáter CP (la conocida como “Cláusula Romeo y Julieta”) limitándose expresamente a los delitos previstos en los artículos 183.1 y 183 bis, párrafo primero, inciso segundo CP- frente a la anterior redacción, más amplia que se refería al conjunto del Capítulo Segundo Bis- en los casos en que el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica- manteniéndose así el criterio mixto ya previsto en la anterior redacción, que aúna tanto el componente cronológico<sup>29</sup>, vinculado a la edad, como el componente del discernimiento, vinculado al grado de desarrollo o madurez- y siempre que dicho autor no emplee violencia u otros medios claramente incompatibles con la libre manifestación del consentimiento por parte del menor.
- Se amplía el sujeto activo del delito de sustracción de menores ex art.225 bis CP, incluyendo tanto al progenitor que habitualmente convive con el menor como al progenitor que solo tenga reconocido sobre el menor un régimen de estancias.
- En los términos que se apuntaban en las páginas precedentes, se introducen cuatro nuevos tipos penales que contemplan como modalidad comisiva el empleo de las llamadas TIC que buscan evitar la impunidad de conductas que, precisamente por realizarse mediante tales instrumentos, eran difíciles de reconducir a los tipos penales clásicos de los que son reflejo. De esta manera, se castiga a quienes, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, promuevan el suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios entre menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estos.

### 3. MODIFICACIONES DE PARTE GENERAL

En el párrafo precedente se han señalado sucintamente las principales novedades que en materia de Derecho Penal introduce la ley objeto de estudio en el presente artículo. Pues bien, siguiendo la tradicional distinción entre Parte General- reconducible al Libro Primero del CP, “Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”- y Parte Especial- asimilable al Libro Segundo, “Delitos y sus penas”- se pueden apuntar las siguientes reformas en materia de Parte General planteadas por la LO 8/2021.

#### 3.1. AGRAVANTE DE MÓVILES ODIOSOS Y DELITOS DE ODIOS; LA EDAD COMO CRITERIO

Ya se señaló que el apartado primero de la Disposición Final sexta de la ley introduce ex novo dentro del catálogo, necesariamente cerrado, de la agravante ordinaria o genérica de móviles odiosos o discriminatorios del art.22.4 CP, la circunstancia discriminatoria de la edad. En este sentido, pueden realizarse las siguientes observaciones:

Esta circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los móviles discriminatorios prevista en el art.22.4 CP- vista con cautela en ocasiones por su peligrosa vinculación, al menos en lo que a inspiración o filosofía se refiere, al Derecho Penal de autor alejado de la responsabilidad penal por el hecho- se ha visto sucesivamente modificada, en el sentido de ampliada o sobrealimentada si se quiere (“no ha parado de crecer”, como señala acertadamente GONZÁLEZ TASCÓN<sup>30</sup>, provocando incluso ciertos solapamientos aplicativos respecto de las complejas cuestiones del género, la orientación o identidad sexual o de género o el sexo) mediante una serie de reformas legales iniciadas desde el año 2010<sup>31</sup> y continuadas en los años 2015 y 2021( mediante la ley ahora analizada) y aún más recientemente, en el presente año 2022<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> A tal efecto, considero muy positivo el empleo por parte del legislador de este criterio mixto, frente al criterio estrictamente cronológico predominante en el CP, ya que si bien este último aporta innegablemente mayor seguridad jurídica a los órganos jurisdiccionales, desconoce la realidad biológica del menor, incurriendo en un cierto automatismo que le aleja de las singularidades propias de cada supuesto fáctico.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, *Op. Cit.*, p.4.

<sup>31</sup> LO 5/2010 de 22 de junio. En relación con esta primera reforma del art.22.4 CP, MIR PUIG señaló que “La LO 5/2010 introdujo dos importantes modificaciones en la agravante de motivos racistas o discriminatorios (art. 22, 4ª CP). Por una parte, la reforma introduce la motivación discriminatoria por identidad de género, con el objeto de dar cobertura a los casos de discriminación de las personas transexuales (transfobia). Tales casos no resultaban subsumibles en el móvil discriminatorio por motivo de «sexo u orientación sexual». Por otra, se sustituyó el término «minusvalía» por «discapacidad», concepto de mayor tradición en Derecho comparado”. MIR PUIG, Santiago, 2016, *Derecho Penal. Parte General*, décima edición, Barcelona, Editorial Reppertor, página 656.

<sup>32</sup> A tal efecto, ya la reforma aprobada por LO 1/2015 introdujo el género (“razones de género”) la llamada agravante genérica

Y esto es así porque la enumeración de móviles discriminatorios que ofrece el precepto presenta necesariamente un carácter cerrado y exhaustivo de *numerus clausus*, con arreglo al cual solo aquellos móviles expresamente descritos pueden producir los efectos agravantes, en absoluta coherencia con el principio ya aludido de legalidad penal- aplicable tanto a la tipificación de delitos como a la regulación en este caso de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal- en su modalidad de taxatividad, obligando por tanto a reformas legales que expresamente introduzcan *ad hoc* el pretendido elemento discriminatorio.

Por eso, sorprende que la redacción originaria del anteproyecto estableciera una fórmula tan abierta como preocupante de “cualquier motivo<sup>33</sup>” basado en la discriminación, cláusula esta afortunadamente descartada por las citadas razones de taxatividad.

- Además de la edad, se incluyen dos motivos más en la agravante genérica del art.22.4; la aporofobia y la exclusión social dando así un paso decisivo en la mejor lucha contra la especial vulnerabilidad que presentan las personas en situación de sinhogarismo, víctimas de agresiones solo por su mera condición de “pobres”, si se me permite esta expresión. No obstante, el estudio de esta cuestión excedería lógicamente del alcance de este trabajo, por lo que me limito a apuntarlo como importante novedad.
- En consecuencia, con las modificaciones operadas en la agravante ordinaria de discriminación del art.22.4 CP, se lleva consigo una reforma- de conformidad al sistema mixto de tutela presente en nuestro ordenamiento jurídico penal- de los llamados comúnmente, con menos precisión de la deseable, delitos de odio. Concretamente, se modifican los art. 314, 511, 512, y 515.4 CP incorporándose en ellos tanto la edad como la aporofobia y la exclusión social en términos cuyo estudio excede del espacio disponible para este artículo.

No obstante, esta reforma operada por la LO 8/2021 no alcanzó al complejo art.510 CP, cuya modificación se ha verificado posteriormente y de manera imperfecta mediante la LO 6/2022, de 12 de julio, que ha incluido solamente la aporofobia, pero dejando fuera la exclusión social.

De esta manera, como bien apunta BERDUGO GARCÍA-MAESTRO<sup>34</sup> los colectivos protegidos de los art.22.4 CP y 510 del CP no son los mismos, en una nueva muestra de asistematicidad y falta de coherencia interna del ordenamiento a la que más seguidamente me referiré.

- Es importante tener en cuenta que la LO 8/2021 establece como nueva circunstancia discriminatoria la edad, sin adjetivación adicional, ya que como su propio Preámbulo señala “*la edad ha sido incorporada como una causa de discriminación, en una vertiente dual, pues no solo aplica a los niños, niñas y adolescentes, sino a otro colectivo sensible que requiere amparo, como son las personas de edad avanzada*”.

A tal efecto, la motivación subjetiva<sup>35</sup> que debe concurrir en el autor del hecho delictivo para la apreciación de la circunstancia agravante, exigiéndole de él que la comisión del delito en cuestión esté orientada por ese concreto móvil discriminatorio, plantea dificultades probatorias en la práctica. Esto se evidencia especialmente respecto de los menores de edad, toda vez que no existe contra ellos en nuestras sociedades actuales ni estigmas o estereotipos negativos ni una opinión, más o menos frecuente, de animadversión o discriminación generalizada hacia los mismos.

Cosa bien distinta se plantea respecto de los ancianos o integrantes de la llamada tercera edad, en relación con los cuales, sería desconocer la realidad y taparse los ojos, negar o cuestionar ciertos sentimientos de antipatía, animadversión o discriminación contra los mismos, que favorece prejuicios que pueden llegar a ser motivadores de actos delictivos.

---

de género por imperativo del Convenio de Estambul -predicable de cualquier delito frente a la agravante específica prevista en concretos delitos como los art.148.4;153.1;171.4; 172.2 CP- dentro del listado del art.22.4 CP. A su vez, la recientísima LO 6/2022 de 12 de julio ha añadido junto a los ya clásicos motivos racistas o antisemitas, los antigitanos, en lo que a mi modo de ver constituye una redundancia innecesaria casi simbólica, máxime si se tiene en cuenta la coetilla ya prevista, de “*la etnia, raza o nación a la que pertenece...*” la víctima.

<sup>33</sup> Me estoy refiriendo al Anteproyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministro el 18 de diciembre de 2018. Véase CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia*, de 30 de mayo de 2019, página 76.

<sup>34</sup> Esta acertada observación fue realizada durante la ponencia que brillantemente impartió en la mesa que llevaba por rúbrica *Qué se castiga: delitos en un marco constitucional* el día 30 de septiembre del 2022, con ocasión del emotivo homenaje rendido a la figura de su padre, el profesor Berdugo Gómez de la Torre.

<sup>35</sup> En este sentido MIR PUIG clasifica las circunstancias agravantes entre objetivas y subjetivas, entendiendo por estas últimas aquellas que “indican una motivación particularmente indeseable”. MIR PUIG, Santiago, 2016, *Op. Cit.*, p.649.

Del mismo modo, la asimilación (al hablarse escueta y únicamente de edad) de menores de edad con personas mayores, plantea problemas terminológicos y conceptuales, tanto sobre la noción de vulnerabilidad, especialmente relevante respecto de los delitos de odio, como sobre la cuestión trascendente de delimitar quiénes integran ambos colectivos, cuestión esta especialmente compleja respecto de las personas mayores- ya que el término edad es inevitablemente ambiguo en su propia vigencia temporal.<sup>36</sup> Por todo ello, considero que la aplicabilidad real de esta circunstancia agravante no resultará sencilla en el quehacer diario de nuestros órganos jurisdiccionales.

### 3.2. REFORMAS EN EL ÁMBITO DEL CASTIGO

La LO 8/2021 presenta de manera asistemática una serie de modificaciones en materia de sanción penal, afectando a diversos preceptos del CP tanto de Parte General como de Parte Especial. A tal efecto, grosso modo debe señalarse que las modificaciones operadas en esta materia responden a la necesidad de conectar las penas a la finalidad de protección de los menores, finalidad esta que, como se está tratando de poner de manifiesto, preside e impregna el conjunto del articulado de la ley.

Sin poder detenerme en cada una de las novedades aquí introducidas, me centraré especialmente en dos penas, ambas clasificadas legalmente como penas privativas de derechos ex. art.39 CP; la inhabilitación especial y la privación de la patria potestad, destacando lo que en mi opinión es más relevante al objeto de este trabajo.

En cuanto a la inhabilitación especial, es importante destacar la modificación, en el sentido de ampliación, del art.39 b) CP<sup>37</sup> -y en términos análogos del art.45, así como en sede de medidas de seguridad del art.107 CP respecto a la medida no privativa de libertad de inhabilitación profesional- cuando extiende el ámbito objetivo de aplicación de la pena a cualesquiera actividades “*sean o no retribuidas*”.

Esta vocación omnicompreensiva de la ley sigue la estela ya iniciada por la LO 1/2015 en materia de delitos sexuales. De esta manera, con la referencia al carácter no retribuido de la actividad sobre la que puede recaer igualmente la inhabilitación, se pretende incluir aquellas actividades u ocupaciones que, no siendo prestadas o ejercidas en régimen laboral, pudieran quedar excluidas de la sanción penal. Me estoy refiriendo fundamentalmente a labores propias de voluntariado o monitoreo en ámbitos de ocio, tiempo libre, o de carácter religioso o catequista, entre otros.

Respecto de la privación de la patria potestad (necesariamente ha de distinguirse respecto de la inhabilitación especial para su ejercicio, que no alcanza a la titularidad misma) hay que señalar que si bien la misma afecta a la propia titularidad, dada la *sui generis* consideración de la patria potestad como un derecho- deber, subsistirán respecto del progenitor, aun privado de la patria potestad, igualmente ciertas obligaciones en relación al hijo menor de edad tal como establece el art.110 del Código Civil<sup>38</sup>.

A tal efecto y en relación con esto último, la ley añade una disposición específica al precepto a fin de que el juez, siempre en atención al superior interés del menor sometido a la patria potestad, y valorando las diferentes circunstancias concurrentes en cada caso concreto, determine los derechos del menor subsistentes, a fin de que la imposición de la pena de privación de la patria potestad no provoque mayor perjuicio al menor que al propio autor del hecho delictivo, dado el carácter ya aludido de derecho- deber que presenta la patria potestad (y que exige de la autoridad judicial máxima cautela para su decretamiento).

Partiendo de esta premisa, a todas luces encomiable por cuanto contribuye a clarificar el contenido concreto de una pena siempre compleja de integrar, no resulta acertada la previsión con carácter imperativo de esta pena de privación de la patria potestad para los supuestos de personas condenadas por la comisión de uno o más delitos contra la vida del Título Primero del Libro II del CP- *Del homicidio y sus formas*- ex. art. 140 bis del CP- introducido *ex novo* por la LO 1/2015- en los siguientes términos:

<sup>36</sup> GARCÍA LLORIA se pregunta respecto de la vaguedad del término edad, huérfano de mayor adjetivo, “¿Desde cuándo y hasta cuándo?” ( GARCÍA LLORIA, Paz, 2022, *Op. Cit.*, p.281) y GONZÁLEZ TASCÓN habla expresamente de “cierta confusión entre lo que sería una situación de discriminación provocadora de vulnerabilidad y una situación de vulnerabilidad connatural al proceso de desarrollo vital (...)” (GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, *Op. Cit.*, p.5). A tal efecto, personalmente no considero que los menores de edad constituyan actualmente un colectivo especialmente vulnerable en cuanto a discriminación o desigualdad se refiere.

<sup>37</sup> “*Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades, sean o no retribuidas, (...)*”.

<sup>38</sup> “*El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.*”

1. “Si la víctima y quien sea autor de los delitos previstos en los tres artículos precedentes tuvieran un hijo o hija en común”. Este supuesto hace referencia a los supuestos de que la víctima, lógicamente ya fallecida pues no se habla de supuestos de tentativa en la ejecución, tuviera hijos en común con el responsable penalmente de su muerte. Es decir, se está pensando en los supuestos característicos desgraciadamente de la violencia de género con muerte de la madre. En este caso, y respondiendo a una reclamación social largamente planteada- nuevamente las demandas sociales, retributivas fundamentalmente en sus finalidades, erigidas en único foco de la política criminal- el legislador dispone que el juez imperativamente está compelido a decretar respecto de los hijos habidos la privación de la patria potestad para el progenitor autor.
2. “(...) Cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren”. En este supuesto, la víctima del delito no es ya el otro progenitor del menor o menores respecto de los cuales se impone la privación de la patria potestad, sino el propio menor sometido a ella, en cuyo caso, la privación se decretará (igualmente con carácter obligatorio no facultativo) respecto de aquellos otros hijos del autor y a su vez hermanos de doble o único vínculo de la víctima, en el caso de que los hubiera.

Decía que la redacción de este inciso no ha sido todo lo afortunada que hubiera sido deseable porque en el segundo supuesto de que la víctima sea el hijo del autor, bien pudiera ocurrir (y aquí retomo lo dicho respecto de las formas imperfectas de ejecución a las que el legislador no hace referencia lo cual no implica que perfectamente puedan plantearse en la vida real más allá del texto rígido de la ley) que el hijo cuya vida se ha puesto en peligro a través de una tentativa de homicidio, por ejemplo, sobreviva y no fallezca. ¿En qué situación quedaría el autor progenitor respecto de ese hijo contra cuya vida atentó? ¿Qué ocurriría con la patria potestad respecto del menor? ¿Sería admisible o aconsejable acudir ante esta laguna legal a la vía de los art.55 y 56 CP por el cauce de las penas accesorias?

Son estas cuestiones cuya dificultad además se agudiza dado el carácter imperativo de la pena al que ya hemos aludido- que aparece además con un estilo *manu militari* indeseado por parte del legislador al obviar o al menos dejar en un segundo plano la protección del superior interés del menor en estos casos vinculados como se ha dicho a la violencia de género- y que no son sino muestra de la cierta premura con que el legislador ha emprendido ciertas reformas, especialmente en esta cuestión, la de las penas, que requiere de un tratamiento rigurosamente sistemático que sea capaz de garantizar la imprescindible coherencia normativa en el conjunto del texto penal.

Por último, quisiera antes de cerrar este epígrafe, hacer referencia a la incorporación en el contenido del art.57 CP, en relación con las llamadas penas de alejamiento, del delito contra las relaciones familiares dentro del catálogo de delitos que se configuran como presupuesto para acudir a algunas de las medidas contenidas en el citado precepto, que, por mor del art.48 CP a cuyo contenido expresamente se remite, puede llegar a extenderse a la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos menores.

En este sentido, esta reforma no se ha realizado de manera coherente con el contenido del art. 94 del Código Civil<sup>39</sup>, evidenciando nuevamente lo que viene siendo ya una triste y mala costumbre del legislador patrio, cual es regular las materias pertenecientes a diferentes sectores del ordenamiento jurídico- y a veces aun del mismo sector o rama- como si estos fueran compartimentos estancos absolutamente aislados los unos de los otros y por tanto impermeables a su respectivo contenido, ignorando así el carácter necesariamente unitario y coherente del conjunto de nuestro ordenamiento jurídico<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> “No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos.”

<sup>40</sup> En este sentido las palabras de FERRAJOLI cobran si cabe mayor relevancia, leyéndose con pesadumbre, cuando afirma que “Se puede muy bien seguir asumiendo, como tarea de la ciencia jurídica, la señalada por Norberto Bobbio hace más de cuarenta años, en un célebre ensayo de 1950: la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento (...) la coherencia, perseguible a través de la crítica interna del derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la plenitud, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la unidad, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar una jerarquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional. Se comprende que una ciencia jurídica así entendida limita y enlaza con la política del derecho; incluso con la lucha por el derecho y por los derechos tomados en serio”. FERRAJOLI, Luigi, 1999, “El Derecho como sistema de garantías”, *Nuevo Foro Penal*, Medellín (Colombia), Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, N°60, pp.74-75.

### 3.3. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS CONTRA MENORES

La responsabilidad penal ni es ni debe ser indefinida en el tiempo. El Capítulo Primero del Título VII del Libro I del Código Penal regula, concretamente en el art.130 CP, una serie de causas de extinción de dicha responsabilidad (hasta un total de ocho causas si se incluye la específicamente prevista para el caso propio de las personas jurídicas) que determinan que finalmente no vayan a imponerse o ejecutarse una pena por la comisión de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible toda vez que el delito evidentemente se ha cometido, pero la responsabilidad penal de él dimanante- y que ya ha nacido- se extingue.

A tal efecto, las causas más objetivas e incontrovertidas de tal extinción de la responsabilidad penal son la muerte del reo- sin perjuicio de la acción civil derivada del delito que subsistiría frente a sus herederos o causahabientes, dado su carácter no personalísimo ex.art.115 LECRim- y el cumplimiento de la condena- cuyo evidente paralelismo con el art.1156.1 del Código Civil en sede de obligaciones y contratos llegó a provocar cierto cuestionamiento al achacarse su herencia o influencia civilista-.

En el tema que nos ocupa, hay que señalar que la LO 8/2021 ha venido a modificar de manera relevante la cuestión de la extinción de la responsabilidad penal en relación a aquellos delitos que tengan por sujetos pasivos a menores de edad. En particular, dos han sido las causas extintivas que se han visto modificadas; la prescripción y el perdón del ofendido.

#### 3.3.1 La prescripción del delito

La prescripción (del delito, no de la pena, y esta no es cuestión baladí, ya que se trata de cuestiones diferentes aunque con la común consecuencia de extinguir la responsabilidad penal ex.art.130 CP) podría definirse en materia penal como la extinción de la perseguibilidad de un delito por el trascurso de un determinado plazo de tiempo desde su comisión sin que este haya sido aún juzgado.

En cuanto a su fundamento, sucintamente considerado, este puede obedecer a diferentes circunstancias, si bien, predominantemente se trata de razones de seguridad jurídica ex. art.9.3 CE, con arreglo a las cuales no es admisible que, en un Estado de Derecho, un sujeto esté eternamente sometido a la amenaza de incoación de un proceso penal contra su persona a fin de evitar así que la espada de Damocles penda indefinidamente sobre su cabeza<sup>41</sup>, vinculándose incluso a una cuestión de expectativas.

Pero también se esgrimen fines más pragmáticos o utilitaristas desde un punto de vista procesal, como la mayor complejidad probatoria que se plantearía toda vez que los vestigios de un hecho delictivo se debilitan notablemente cuanto más lejos queda en el tiempo su comisión, así como en una vertiente más material, la disminución de la necesidad de pena al autor del delito, tanto desde la perspectiva preventivo-especial como desde la meramente retributiva.

En el caso concreto que nos ocupa de la LO 8/2021, con la finalidad expresamente enunciada en el Preámbulo de evitar “*la existencia de espacios de impunidad en delitos que estadísticamente se han probado de lenta asimilación en las víctimas en el plano psicológico y, muchas veces, de tardía detección*”, se amplía de manera no insignificante el plazo de prescripción de ciertos- no todos- delitos cometidos contra menores de edad al modificarse el día de comienzo del cómputo del plazo (el momento a partir del cual se computará el *dies a quo*) que será cuando el menor víctima del delito alcance la edad de treinta y cinco años, frente al anterior criterio de la mayoría de edad.

Para tener una visión panorámica que ayude a la mejor comprensión de la reforma aquí operada en sede de prescripción, es importante tener en cuenta que desde hace ya años viene existiendo una corriente cada vez más pujante que aboga por la regulación como imprescriptibles (a semejanza de los delitos previstos en el art.131.3 CP) de aquellos delitos de naturaleza sexual cometidos contra menores de edad.

Esta corriente, en un primer momento impulsada, con una lógica retribucionista innegable, por las asociaciones de víctimas de delitos sexuales ha llegado paulatinamente a extenderse a posturas oficiales, que hacen suya esta aspiración<sup>42</sup>. Sin ir más lejos, la ex vicepresidenta del Gobierno de la Nación, Carmen Calvo, incluso llegó

<sup>41</sup> No obstante, conforme al 131.3 CP existen ciertos delitos que no prescribirán nunca, tales como los delitos de lesa humanidad, genocidio- ambos contemplados como delitos contra la Comunidad Internacional en nuestro Código Penal (Título XXIV del Libro II) y como crímenes internacionales, junto con el crimen de guerra y el crimen de agresión, en el Estatuto de Roma de 1998 creador y articulador de la Corte Penal Internacional- delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (salvo los previstos en el art.614 CP) y los delitos de terrorismo que hayan causado la muerte de una persona. Las penas impuestas por cualquiera de los citados delitos también son *per se* imprescriptibles ex. art.133.2 CP.

<sup>42</sup> Véase CUÉ, Carlos, 2018, “El Gobierno comunica al Vaticano cambios legales para que los abusos no prescriban”,

a desplazarse al Vaticano para debatir sobre este espinoso asunto con el Secretario de Estado de la Santa Sede, Pietro Parolin, a fin de anunciarle la intención del Gobierno de convertir en imprescriptibles los delitos sexuales contra menores de edad. A tal efecto, el cauce elegido para dar cabida a esta pretensión habría de ser precisamente una ley integral en materia de protección de menores.

Es evidente que la redacción final de la LO 8/2021 no incorpora, al menos formalmente, la imprescriptibilidad de esta clase de delitos, habiéndose enfriado la euforia inicial. Por razones de adecuación constitucional- en relación especialmente con el mandato resocializador ex.art. 25. 2 de la Carta Magna, que expresamente habla de “reeducación y reinserción social”<sup>43</sup>- se entendió que hablar de imprescriptibilidad era a todas luces excesivo, optándose en su lugar por una ampliación tan extensa del inicio del cómputo de los plazos de prescripción que, por la siempre más pacífica vía fáctica, se ha venido prácticamente a consolidar el carácter imprescriptible de tales delitos.

No obstante, en puridad, el nuevo cómputo del plazo se extiende no solamente a los delitos sexuales sino también a los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, contra la libertad y a los delitos de trata de seres humanos.

De esta manera, es importante realizar las siguientes precisiones respecto del cómputo de los plazos de prescripción, pues si bien la regla general establece que los delitos prescriben desde el día en que se cometen, deben tenerse en cuenta importantes excepciones:

En relación con los supuestos de delitos continuados, permanentes o habituales, los plazos de prescripción previstos en el art. 131 CP se computarán desde el día en que se realizó la última infracción para los continuados, desde que se elimine la situación ilícita en los delitos permanentes y desde que cesa la conducta delictiva respecto de aquellos delitos que exigen habitualidad.

Además, cuando los delitos se cometan contra menores de edad, se distinguen novedosamente desde la LO 8/2021 dos grupos de delitos, rompiéndose así la anterior sistematicidad al respecto:

- A) En cuanto a los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y contra las relaciones familiares, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.
- B) En relación a los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, contra la libertad, contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento.

A tal efecto, es importante destacar que precisamente hasta la reforma de la ley, el criterio general que en esta materia y ya desde el año 1999 venía siguiéndose en España era el de la mayoría de edad de quien era menor al tiempo de comisión del delito de cuya prescripción se trata. No obstante, la LO 8/2021 modifica sustancialmente esta cuestión fijando, respecto de los delitos citados, el inicio del cómputo de los plazos de prescripción en los treinta y cinco años, lo que constituye una modificación de gran envergadura aunque en todo caso menor que la inicialmente proyectada de plena imprescriptibilidad y que la solicitada en su defecto por las asociaciones de víctimas, fijada en cincuenta años.

Si se entra a valorar cuáles son los concretos delitos respecto de los cuales se establece la elevación del *dies a quo* de la prescripción, es evidente que estamos ante delitos legalmente clasificados de graves en su mayoría-entendiendo por tales ex.art.33.2 CP aquellos que tienen por ley señalada una pena de prisión superior a los cinco años de duración- respecto de los cuales el art.131 señala un plazo de prescripción de diez a veinte años, en función de la concreta horquilla penológica del delito en cuestión. Ello implica, como se apuntaba, una práctica imprescriptibilidad, de los delitos afectados por la reforma.

Se plantea aquí la dificultad de aunar, por una parte, la necesidad de combatir la impunidad de ciertos delitos cometidos contra víctimas que por su corta edad no son conscientes siquiera de su condición de tales y por

---

*Elpaís.com*, 30 de octubre. (Fecha de consulta 28/09/2022).

Recuperado de [https://elpais.com/sociedad/2018/10/29/actualidad/1540816288\\_142038.html](https://elpais.com/sociedad/2018/10/29/actualidad/1540816288_142038.html)

<sup>43</sup> En la que es quizás la única huella hoy presente en nuestro ordenamiento jurídico del pensamiento, un tanto utópico, del insigne penalista salmantino Pedro DORADO MONTERO.

tanto, o no denuncian o lo hacen cuando el plazo de prescripción ya ha finalizado,<sup>44</sup> con la necesidad de mantener garantías, evitando la consolidación fáctica y por la puerta de atrás de una suerte de imprescriptibilidad genérica que convierte la pena en un instrumento puramente vindicativo vinculado a las tesis kantianas del estricto merecimiento.

La solución a esta diatriba no es en ningún caso sencilla. A tal efecto, a la pretensión para mí legítima de dotar de un mayor tiempo a las víctimas para poder invocar la justicia y denunciar aquellos delitos de que han sido objeto durante su minoría de edad, se podrían alegar ciertas observaciones críticas:

- La selección de delitos no es del todo afortunada. Es decir, respecto de los delitos sexuales, es evidente que el tabú que históricamente ha rodeado todo cuanto se vincula a la sexualidad en los menores de edad, y que persiste en nuestros días, justifica la especial dificultad que un menor pueda encontrar para dar el paso de denunciar el hecho delictivo (siquiera a sus propios padres) así como la especialmente intensa victimización secundaria que puede experimentar como consecuencia del correspondiente proceso penal. No obstante, estas circunstancias no se predicen tan naturalmente respecto de otros delitos carentes de la connotación sexual o libidinosa en que a mi juicio estriba el especial sufrimiento posterior de la víctima<sup>45</sup>.
- Sería conveniente potenciar, y justo es reconocer que también lo hace la propia ley<sup>46</sup>, todo lo relativo a la detección precoz del delito y a la mayor sensibilización al respecto de todas aquellas personas que tratan en su día a día profesional con menores desde diferentes instancias, a fin de evitar, de prevenir (verbo fetiche en esta materia me atrevería a decir) la comisión del delito.
- Finalmente, es reseñable la ausencia de previsión alguna en lo tocante a la cuestión de la prescripción por parte de la LO 8/2021 en relación a la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor- cuyo ámbito subjetivo de aplicación se extiende de los catorce a los dieciocho años de edad. Esta circunstancia es particularmente grave si se tiene en cuenta que conforme a la Disposición Final primera de la citada LO 5/2000, el CP y las leyes penales especiales regirán como derecho supletorio en lo no regulado expresamente por la ley en materia de derecho sustantivo o material. A tal efecto, el art.15 de la LO 5/2000 en sede de prescripción nada indica en materia de cómputo de los plazos de prescripción, razón por la cual se recurre supletoriamente a lo previsto en el art.132 CP.

En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN certeramente advierte de que “Se echa en falta, en consecuencia, una reflexión sobre el equilibrio entre los derechos de las víctimas y los principios que rigen el sistema de justicia penal de menor”, para concluir, señalando cáusticamente que “No deja de ser llamativo que una ley que se denomina de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia se haya olvidado de tomar en consideración en relación con esta cuestión el interés superior de los menores que quebrantan la ley penal”<sup>47</sup>.

### 3.3.2 El perdón del ofendido<sup>48</sup>

En cuanto al perdón del ofendido, se trata de una institución tradicionalmente vinculada en su concepción a los delitos privados o en su caso semipúblicos cuyo fundamento descansa en la disponibilidad existente sobre ciertos bienes jurídicos y en el raro predominio del interés particular sobre el interés público del Estado en la exigencia de responsabilidad penal cuando se trate de tales bienes.

<sup>44</sup> Entre otras cosas por la presencia de numerosas barreras y por un frecuente proceso de victimización secundaria habitual en los delitos contra menores

<sup>45</sup> En palabras de GONZÁLEZ TASCÓN, “a otros delitos donde no resulta tan evidente que las características de la victimización durante la minoría de edad excluyan el fundamento de la prescripción relativo a la no necesidad de pena”. GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, *Op. Cit.*, p.14.

<sup>46</sup> Título III de la LO 8/2021.

<sup>47</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, *Op. Cit.*, p.15.

<sup>48</sup> Resulta aquí interesante la terminología empleada por el legislador cuando expresamente se refiere al término “ofendido”, teniendo en cuenta que en el ámbito de la dogmática penal suele utilizarse más frecuentemente el término, mucho más extendido, de sujeto pasivo- como titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito- y sin la connotación patrimonial que presenta el término perjudicado- como persona que sufre los efectos económicos derivados del delito y que puede resultar relevante para la determinación de la eventual responsabilidad civil que se derive- con el que no necesariamente ha de coincidir.

Para un estudio específico de la materia, véase DÍAZ CABIALE, José Antonio y CUETO MORENO, Cristina, 2022. “Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/2021”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-04, página 31. (Fecha de consulta 25/09/2022).

Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-04.pdf>

Para que el perdón del ofendido pueda llegar a desplegar sus efectos jurídicos de extinción de la responsabilidad este deberá reunir, de conformidad con el apartado quinto del art.130 CP, los siguientes requisitos:

- Debe tratarse de delitos leves perseguibles a instancia de la persona agraviada, o que estén expresamente previstos por la ley al efecto.
- Ha de otorgarse expresamente, sin que en ningún caso éste pueda ser presunto o implícito.
- Deberá ser previo a la sentencia, a cuyo efecto el juez o magistrado tiene que oír al ofendido que lo emite con anterioridad al momento de dictar dicha sentencia.

Respecto del perdón del ofendido el CP viene contemplando su eficacia en relación con delitos como los de descubrimiento y revelación de secretos (art.201.3 CP) calumnias e injurias como delitos privados por excelencia (art 215.3 CP) y daños por imprudencia grave por importe superior a 80.000 euros (art.267 CP).

Sin embargo, existen delitos que aunque perseguibles mediante denuncia del ofendido- delitos semipúblicos o semiprivados, ambas denominaciones serían correctas- respecto de ellos no se admite la eficacia del perdón, tales como los delitos de abandono de familia e impago de pensiones, delitos contra la propiedad intelectual e industrial o delitos societarios, porque la ley no lo permite, evidenciándose así el carácter marcadamente restrictivo de la eficacia del perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal en nuestro ordenamiento.

En todo caso, con anterioridad a la LO 8/2021, se preveía la posibilidad de que en los delitos cometidos contra menores de edad, pudiera su representante legal emitir un perdón con eficacia extintiva de la responsabilidad penal, siempre que se observaran una serie de cautelas, destinadas a asegurar que la disponibilidad sobre el bien jurídico vulnerado por el delito no obedeciera a intereses espurios del representante sino a los propios del representado (al superior interés del menor, utilizando terminología civil) y articuladas a través de un régimen de audiencias que incluía necesariamente un cuidadoso control judicial y la intervención del Ministerio Fiscal, pudiendo llegar la autoridad judicial a rechazar en su caso la eficacia del perdón otorgado por representación.

No obstante, y pese a tales garantías legalmente previstas, la ley niega directamente y sin mayor explicación en este sentido que una vaga referencia en el Preámbulo<sup>49</sup> cualquier posibilidad de eficacia al perdón por representación en cuanto causa de extinción de la responsabilidad penal cuando señala en su Disposición Final sexta, apartado noveno, que *“En los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida- que será el perdón emitido por su representante legal, toda vez que el menor de edad no estaría legalmente capacitado para ello por mor de su incompleta capacidad de obrar- no extingue la responsabilidad criminal”*.

A tal efecto, la nueva redacción dada al inciso final del art.130.5 CP es manifiestamente mejorable, toda vez que no menciona en ningún caso al perdón por representación y además, parece restringir la ineficacia del perdón respecto de aquellos delitos que afecten a bienes “eminentemente personales” del menor, no precisando qué ha de entenderse respecto del resto de supuestos que reúnan los demás requisitos legales antes señalados.

Esto es, ¿cuándo los delitos leves perseguibles a instancia del agraviado no atentan contra bienes jurídicos personales, el perdón sería o no eficaz como causa de extinción de la responsabilidad penal? El legislador no da una respuesta clara ni unívoca a esta cuestión.

En esta misma línea, y siguiendo nuevamente a GONZÁLEZ TASCÓN “se suscita la duda de si es posible que el perdón otorgado por una de estas personas o por su representante o apoyo pueda tener validez en aquellos casos en los que el bien jurídico de titularidad de la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección no es de naturaleza eminentemente personal (...)”<sup>50</sup>.

De esta manera, hubiera sido deseable una mayor precisión legislativa al respecto a fin de evitar los previsibles problemas interpretativos y aplicativos del precepto que surgirán en los órganos jurisdiccionales.

En definitiva, considero que la reforma trae al respecto más confusión sobre una cuestión que no parecía suscitar en la práctica judicial especial problemática.

---

<sup>49</sup> A tal efecto, en el Preámbulo el legislador señala (de manera muy parca teniendo en cuenta el importante calado de la reforma que introduce) que la finalidad no es otra que la de *“completar de este modo la protección de los niños, niñas y adolescentes ante delitos perseguibles a instancia de parte”*.

<sup>50</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, *Op. Cit.*, ...p.13.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Tras todo lo expuesto en las páginas precedentes, quisiera muy brevemente plantear a modo de cierre las siguientes observaciones:

- La LO 8/2021 coloca a España a la vanguardia mundial en materia de protección de los menores de edad frente a la violencia. Es por ello que quiero expresar en estas líneas mi congratulación con tan importante avance normativo para nuestro país en una materia de tan capital importancia como es en definitiva el bienestar de nuestros menores.
- Dicho esto, considero que la ley, al pretender por mor de su carácter transversal e integral, regular tantas y tan variadas cuestiones, incurre en ciertas incoherencias y faltas de sistemática, como si las reformas que introdujera, aunque relativas a diferentes normas, no formaran parte dentro de un marco mucho mayor de un mismo y único ordenamiento jurídico.
- Estas deficiencias, si se me permite el término, son especialmente graves o preocupantes en una materia tan sensible y delicada como es la penal por las implicaciones ya aludidas respecto a la injerencia feroz que el Derecho Penal tiene en el disfrute y ejercicio de derechos fundamentales, especialmente la libertad, quintaesencia de los derechos individuales.
- No voy a reiterarme aquí en lo ya expuesto en estas páginas. Simplemente quisiera destacar de nuevo la cierta precipitación en la que el legislador desgraciadamente ha incurrido en determinadas cuestiones.

Precipitación manifestada en ocasiones en una redacción errática, confusa o insuficiente que, lejos de aclarar la labor del intérprete, le impone a éste una tarea más que de exégeta hermenéutico, de verdadero adivino del contenido de la *voluntas legislatoris*<sup>51</sup>, lo cual es especialmente lamentable cuando está en juego una más eficaz defensa de la infancia y la adolescencia, así como el propio bienestar de nuestros menores, cuya protección acertadamente la ley configura como verdadero imperativo de derechos humanos.

#### 5. BIBLIOGRAFÍA

AZAGRA MALO, Jorge y ADELL TRONCHO, Belén, 2021. “Un aproximación a la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº57, pp.168-176. (Fecha de consulta, 28/09/2022). Recuperado de [https://www.uria.com/es/publicaciones/7857-Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia | Uría Menéndez \(uria.com\)](https://www.uria.com/es/publicaciones/7857-Una primera aproximación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia | Uría Menéndez (uria.com))

BERDUGO GARCÍA-MAESTRO, María José, Qué se castiga: delitos en un marco constitucional, Seminario Internacional Homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, 30 de septiembre de 2022.

CUÉ, Carlos, 2018, “El Gobierno comunica al Vaticano cambios legales para que los abusos no prescriban”, Elpaís.com, 30 de octubre. (Fecha de consulta: 28/09/2022). Recuperado de [https://elpais.com/sociedad/2018/10/29/actualidad/1540816288\\_142038.html](https://elpais.com/sociedad/2018/10/29/actualidad/1540816288_142038.html)

DÍAZ CABIALE, José Antonio y CUETO MORENO, Cristina, 2022. “Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/2021”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 24-04, pp.1-49. (Fecha de consulta 25/09/2022). Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-04.pdf>

DÍAZ CORTÉS, Lina, 2018. “Menores e Internet: entre las oportunidades y los riesgos. Un punto de partida para entender las políticas criminales”, Algunos desafíos en la protección de los datos personales, Granada, Editorial Comares.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, 2021. “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia; a la vez una reflexión acerca del uso (y/o abuso) de la técnica de las leyes integrales”, Cuadernos de Política Criminal, Dykinson, Nº 134, pp. 5-45. (Fecha de consulta, 21/09/2022). Recuperado de <https://www.dykinson.com/libros/cuadernos-de-politica-criminal-numero-134/ISSN0210-4059-numero-134/>

---

<sup>51</sup> De hecho, no estamos ya en la actualidad en el Estado legislativo sino en el Estado judicial, que obliga o permite según los casos a los jueces (como intérpretes del Derecho) a llenar, a reescribir el contenido o la letra de la ley, de los tipos penales, ante las carencias legislativas, lo cual no es sino altamente preocupante desde el punto de vista de la división de poderes más elemental.

- FERRAJOLI, Luigi, 1999, “El Derecho como sistema de garantías”, Nuevo Foro Penal, Medellín (Colombia), Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, N°60, pp.74-75.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, 2021, “Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal”, Diario La Ley, N° 9902, 5, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, pp. 1-25. (Fecha de consulta 22/09/2022). Recuperado de: <https://bit.ly/3wkkxqOT>
- LLORIA GARCÍA, Paz, 2022. “La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código Penal. Algunas consideraciones”. IgualdadES, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 6, pp. 271-298. (Fecha de consulta, 21/09/2022). Recuperado de <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-07/39798igdes609lloria-gacia.pdf> (cepc.gob.es)
- LÓPEZ FONSECA, Óscar, 2022, “La violencia digital creció más de un 17% en el último año”, Elpaís.com, 4 de agosto. (Fecha de consulta 24/09/2022). Recuperado de <https://elpais.com/espana/2022-08-04/la-violencia-digital-crecio-mas-de-un-17-en-el-ultimo-ano.html>
- MIR PUIG, Santiago, 2016, Derecho Penal. Parte General, décima edición, Barcelona, Editorial Reppertor.
- MOYA GUILLEM, Clara y DURÁN SILVA, Carmen, 2022. “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, InDret, N° 1/2022, pp.414-451. (Fecha de consulta 22/09/2022). Recuperado de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/398651-Text%20de%201'article-579852-1-10-20220316.pdf>
- PRENSKY, Mark, “Nativos e inmigrantes digitales”, Cuadernos SEK 2.0, Institución educativa SEK (adaptación al castellano del texto original “Digital natives , Digital Immigrants”). (Fecha de consulta 24/09/2022). Recuperado de [https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf)
- RAMIRO VÁZQUEZ, Julia, 2013, “Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de Internet”, Menores e Internet, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L. y AGUDELO, G. (coords), 2019. Transiciones de la política penal ante la violencia realidades y respuestas específicas para Iberoamérica, San José (Costa Rica), Editorial Jurídica Continental.
- VINAGRE GONZÁLEZ, Agustina M., 2019. “Víctimas especialmente vulnerables (I): el menor y el anciano como víctimas”, en LAGUNA HERMIDA/GÓMEZ GARCÍA (coords.), Manual de Victimología, Madrid, Delta.