

25

RMCP

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES

Adolescentes en conflicto con la Ley



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

El tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores en la legislación española

The Treatment of Sexual Assaults Committed by Minors in Spanish Legislation

● Sergi Cardenal Montraveta*

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona. Investigador principal (junto con la Dra. Silvia Fernández Bautista) del Proyecto de I+D+i, "Nuevos retos y reformas pendientes de la justicia penal de menores" (PID2021-125718NB-I00) financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER "Una manera de hacer Europa", y del que esta publicación forma parte.

El tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores en la legislación española

The Treatment of Sexual Assaults Committed by Minors in Spanish Legislation

Sergi Cardenal Montraveta

Universidad de Barcelona

- Fecha de recepción: 31 de octubre de 2024
- Fecha de aceptación: 28 de noviembre de 2024
- DOI: <https://doi.org/10.57042/rmcp.v9i25.828>

Resumen: El trabajo expone y analiza el tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores en la legislación española tras la entrada en vigor de las últimas reformas de esta materia. Se destacan las insatisfactorias consecuencias derivadas de su consideración como delitos graves sometidos, en la mayoría de casos, a las reglas previstas en el art. 10.2 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM) para los delitos de máxima gravedad.

Palabras clave: Responsabilidad penal de los menores, Agresiones sexuales, Delitos de extrema gravedad, Justicia restaurativa, Internamiento.

Abstract: This paper presents and analyses the treatment of sexual assaults committed by minors in Spanish legislation following the enactment of the latest reforms in this matter. It highlights the unsatisfactory consequences arising from their classification as serious crimes which, in most cases, are subject to the rules provided for in art. 10.2 of the Organic Law on the Criminal Responsibility of Minors (LORPM) for crimes of maximum seriousness.

Keywords: Criminal responsibility of minors, Sexual assaults, Crimes of maximum seriousness, Restorative justice, Custody.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Aspectos esenciales de la regulación española sobre la responsabilidad penal de los menores. III. Aspectos esenciales de la regulación española sobre el delito de agresión sexual. IV. La responsabilidad penal de los menores que cometen agresiones sexuales. V. Valoración crítica de la regulación vigente sobre el tratamiento de los menores que cometen agresiones sexuales. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo quiere analizar la regulación española sobre el tratamiento de los menores que cometen agresiones sexuales. Previamente, será necesario identificar la legislación que regula el tratamiento de los menores que delinquen, presentar sus características generales y exponer, también brevemente, la regulación de las agresiones sexuales.

El art. 19 del Código Penal español (en adelante, CP) dispone: “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. [./.] Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”. El legislador remite, así, a la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), que “se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales” (LORPM, 2000: art. 1).

Cuando el autor de tales hechos todavía no haya cumplido 14 años, “se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto del menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero” (LORPM, 2000: art. 3).

La competencia legislativa sobre la protección de menores por parte de los poderes públicos ha sido asumida por las Comunidades Autónomas,

sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado para regular “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (CE, 2024: art. 149.1).

A su vez, el Código Civil regula las obligaciones de los padres y tutores, entre ellas, la obligación de proteger y educar a los hijos y a los menores tutelados, lo cual incluye el deber de enseñarles a vivir sin delinquir. Los padres y tutores ordinarios son, pues, los principales responsables de dar una respuesta educativa al menor que ha delinquido, sin perjuicio de la ayuda que deban prestar los poderes públicos encargados de la protección de menores, de que estos asuman la tutela de los menores que se encuentran en una situación de desamparo y de que, cuando ello sea necesario para satisfacer una función de prevención general o especial, se aplique la LORPM a los menores que delinquen tras haber cumplido 14 años.¹

El legislador podía haber asignado al derecho penal de menores exclusivamente una función de prevención especial, limitada por los principios de legalidad, humanidad, culpabilidad y proporcionalidad, de modo que la incoación del expediente, el enjuiciamiento del menor, la imposición de una medida y su ejecución se reservaran para los supuestos en los que ello parece necesario para evitar que el menor vuelva a delinquir porque los recursos previstos en el derecho de protección de menores son insuficientes. Pero el derecho penal vigente no tiene exclusivamente una función de prevención especial. La incoación del expediente, el enjuiciamiento, el castigo del menor y la ejecución de la pena impuesta no dependen siempre y exclusivamente de que ello parezca necesario para evitar que el menor vuelva a delinquir; pueden intentar satisfacer solo una función de prevención general.²

II. ASPECTOS ESENCIALES DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

En España, la dirección de la investigación de los hechos delictivos cometidos por menores que ya han cumplido 14 años es competencia del Ministerio Fiscal (LORPM, 2000: art. 16). Pero el hecho de que este órgano tenga

¹ Sobre el derecho de protección de los menores, su aplicación a los que delinquen y el marco normativo del derecho penal de menores, se puede consultar Cardenal, 2024: 23 y ss.

² Sobre la función y los principios rectores del derecho penal de menores, se puede consultar Cardenal, 2024: 81-106.

conocimiento de que un menor ha podido incurrir en responsabilidad penal por la comisión de un hecho delictivo no comporta que deba acordar la incoación del expediente. De acuerdo con el principio de oportunidad, los arts. 18, 19 y 27.4 de la LORPM permiten desistir de la incoación del expediente o de la continuación de este en determinados supuestos en los que el hecho denunciado o imputado no sea un delito grave y la incoación o la continuación del expediente no parezca necesaria para evitar que el menor vuelva a delinquir (Cardenal, 2024: 212 y ss.; García Pérez, 2004: 735-767; Cueto, 2023: *passim*). En el caso de que sí llegue a celebrarse el juicio oral (audiencia) y el menor resulte condenado, se impondrán alguna o algunas de las medidas mencionadas en el art. 7.1, de acuerdo con las reglas previstas en los arts. 7 a 11 de la LORPM.

El art. 7.1 de la LORPM enumera y describe las penas susceptibles de ser impuestas a los menores penalmente responsables. Las denomina medidas para destacar la importancia de su función preventiva especial e intentar limitar su posible efecto estigmatizador. En relación con las medidas privativas de libertad, el legislador distingue entre el internamiento en régimen cerrado, el internamiento en régimen semiabierto, el internamiento en régimen abierto, el internamiento terapéutico y la permanencia de fin de semana. Las diferencias entre estas medidas se concretan luego, en los arts. 54 a 59 LORPM y los arts. 23 a 58 del Real Decreto 1774/2004, del 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, que regula las normas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad. El art. 7.2 de la LORPM dispone:

Las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los artículos 9 y 10. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia.

De acuerdo con la importancia de la función educativa del derecho penal de menores, el art. 7.3 de la LORPM establece:

Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del

menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

La elección de las medidas debe respetar, además, diversos límites derivados de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, y que regulan los arts. 8, 9, 10 y 11 de la LORPM (Cardenal, 2024: 161 y ss.). El primero de ellos dispone que la duración de las medidas privativas de libertad no podrá exceder:

(...) en ningún caso del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal. (LORPM, 2000: art. 8)

A su vez, los arts. 13, 14, 40, 47.3 y 7, 50 y 51 de la LORPM regulan la suspensión de la ejecución del fallo, la sustitución de las medidas y la posibilidad de reducir su duración o dejarlas sin efecto (Cardenal, 2024: 326 y ss.).

A diferencia del Código Penal, la LORPM no establece un marco penal para cada delito, que se atenúa cuando queda en fase de tentativa o de actos preparatorios, cuando el menor interviene como cómplice o cuando concurren las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en los arts. 21 a 23 del CP. Tratando de garantizar así el significado limitador de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, la regulación de las medidas previstas para los menores que delinquen distingue entre los delitos sometidos al “régimen general de aplicación y duración de las medidas” (LORPM, 2009: art. 9) y aquellos que están sometidos a las reglas especiales previstas en el art. 10 de la LORPM.

A su vez, el art. 9 distingue entre el régimen previsto para los delitos leves (art. 9.1 de la LORPM y arts. 13 y 33 del CP) y el previsto en el art. 9.3 para los delitos menos graves que no presentan las características mencionadas en el art. 9.2 de la LORPM; es decir, los delitos en cuya ejecución no se ha empleado violencia ni intimidación en las personas, ni se ha generado un grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, y que tampoco son hechos cometidos en grupo, ni el menor pertenece ni actúa al servicio de una banda, organización o asociación dedicada a la realización de tales actividades.

El art. 10.1 contiene reglas especiales para los delitos graves o menos graves que sí presentan las características mencionadas en el art. 9.2. El segundo inciso del art. 10.1.b prevé unas reglas más severas para los menores que, con 16 o 17 años, cometen un delito considerado de extrema gravedad. Y el art. 10.2 contiene un régimen específico para los delitos de máxima gravedad que allí se indican expresamente. Esto permite afirmar que el art. 10 prevé reglas especiales distintas para tres grupos de delitos:

- a. los delitos graves o menos graves que presentan las características mencionadas en el art. 9.2 [art. 10.1 a) y b) primer inciso];
- b. los delitos considerados de extrema gravedad cometidos por menores de 16 o 17 años [art. 10.1.b) segundo inciso]; y
- c. los delitos de máxima gravedad indicados en el art. 10.2.

A su vez, el art. 11 de la LORPM contiene reglas específicas para algunos supuestos de pluralidad de infracciones. Cuando un menor que tuviera 16 o 17 años comete un delito considerado de extrema gravedad o sometido al régimen del art. 10.2 LORPM, es preceptiva la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado y, además, se limitan temporalmente (hasta que haya transcurrido el correspondiente “periodo de seguridad”) las facultades de suspender su ejecución o de sustituir, reducir la duración o dejar sin efecto la medida impuesta, reguladas en los arts. 13, 40 y 51.1 de la LORPM.

La regulación vigente sobre la determinación de las medidas que acabamos de presentar es el resultado de diversas reformas, que han incrementado la gravedad de las medidas que se pueden imponer a los menores cuando ello parece necesario para evitar que vuelvan a delinquir, y que también han aumentado los supuestos (ahora regulados en el art. 10 de la LORPM) en los cuales es preceptiva la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado.³ Las últimas reformas de la LORPM se han introducido mediante la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, que modifica parcialmente la regulación de los delitos contra la libertad sexual llevada a cabo pocos meses antes por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía de la libertad sexual (Colas, 2023; García Esteban 2023 y 2022).

³ Estas reformas se valoran críticamente en Gómez Rivero, 2022: 3-26; García Pérez, 2005: 399-438; Bernuz, 2005: 1-23; Barquín/Cano, 2006: 37-95; Cuerda, 2008: 22-32; Fernández, 2008: 246 y ss.; Jiménez, 2015: 3-9; Jericó, 2018.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2012, del 20 de diciembre, dejó claro que la previsión, imposición y ejecución de medidas innecesarias para evitar que el menor condenado vuelva a delinquir y que solo cumplen una función de prevención general es compatible con la Constitución española, siempre que se respeten el derecho de defensa y los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad. Pero aquella sentencia no tuvo en cuenta la ampliación posterior de los delitos considerados de máxima gravedad que regula el art. 10.2 de la LORPM.

III. ASPECTOS ESENCIALES DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE EL DELITO DE AGRESION SEXUAL

La regulación española de los delitos contra la libertad sexual se encuentra en el Título VIII del Libro II del CP (arts. 178 a 194 bis). Aquí se distingue entre las agresiones sexuales a mayores de 16 años (Capítulo I), las agresiones sexuales a menores de 16 años (Capítulo II), el acoso sexual (Capítulo III), los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (Capítulo IV), los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (Capítulo V) y, finalmente, las disposiciones comunes (Capítulo VI).

El art. 178.1 del CP describe las agresiones sexuales como actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. El art. 178.2 añade:

Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

El art. 181 del CP aclara que también se consideran actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

Las penas del delito de agresión sexual dependen de si la víctima era mayor o menor de 16 años, de las circunstancias que impiden afirmar que los actos de contenido sexual fueron consentidos y de si la agresión sexual se considera una violación, porque consiste en “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por

alguna de las dos primeras vías” (CP, 2024: arts. 179 y 181.4). Los arts. 180 y 181.5 y 6 prevén una agravación de la pena cuando concurren determinadas circunstancias, entre las que se incluye la actuación conjunta de dos o más personas. Cuando no concurren tales circunstancias agravantes, ni medie violencia o intimidación ni la víctima tenga anulada su voluntad por cualquier causa y la agresión no consista en acceso carnal, los arts. 178.3 y 181.2 permiten reducir la extensión del marco penal previsto con carácter general o imponer una pena más leve atendiendo a la menor entidad del hecho y a las circunstancias concurrentes (Castellví, 2023: 273-296).

En términos generales, las sucesivas reformas de los delitos contra la libertad sexual han ido incrementando la gravedad de las penas previstas para estos comportamientos. La regulación vigente castiga las agresiones sexuales con penas de prisión de hasta 15 años. Cuando la víctima sea mayor de 16 años, el art. 178.3 permite castigar las agresiones sexuales más leves con penas de multa de 18 a 24 meses. Además de las penas de prisión o multa, los arts. 180.3 y 181.7 prevén la imposición de una pena de inhabilitación absoluta “cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público”.

El primer apartado del art. 192 del CP prevé la imposición adicional de una medida de libertad vigilada. Y el tercer apartado del art. 192 del CP regula la imposición adicional de las penas de “privación de la patria potestad, de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”, y la de “inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad”. También es aquí aplicable la regulación general de las penas accesorias prevista en los arts. 54 a 57 del CP .

Como apuntábamos antes, la legislación española prevé, con carácter general, una rebaja de la pena cuando el autor inicia la ejecución del delito y este no llega a consumarse (arts. 16 y 62 del CP), y también obliga a rebajar la pena a los partícipes que intervienen como cómplices (arts. 28, 29 y 63 del CP). Así mismo parece oportuno recordar aquí que el art. 36.2 del CP permite que, cuando la víctima no es menor de 16 años, las penas de prisión impuestas por la comisión de una agresión sexual puedan cumplirse en régimen abierto antes de que el penado haya cumplido la mitad de la condena e, incluso, es posible que ello suceda desde el momento en el que se produce la clasificación inicial del penado.

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES QUE COMETEN AGRESIONES SEXUALES

Cuando el autor de una agresión sexual (o de cualquier otro acto violento que pudiera ser constitutivo de un delito contra la libertad o la libertad sexual o de violencia de género) todavía no ha cumplido 14 años, el art. 17 bis de la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que será incluido en un plan de seguimiento que deberá incluir un módulo formativo en igualdad de género.

Cuando el menor comete la agresión sexual después de haber cumplido 14 años, se le aplicarán las medidas previstas en la LORPM. El Código Penal no castiga todas las modalidades de agresión sexual con penas de prisión graves, que son aquellas cuya duración es superior a 5 años (art. 33 CP). Sin embargo, la duración (de 4 a 10 años) de las penas de privación de la patria potestad e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, previstas actualmente en el art. 192.3 del CP para los responsables de un delito de agresión sexual, obliga a considerar que las agresiones sexuales son siempre delitos graves.

Esto excluye la posibilidad de desistir de la incoación del expediente. También impide hacer uso de la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, prevista en el art. 19 de la LORPM, para los supuestos en los que el menor se concilia con la víctima, realiza las acciones de reparación a las que se había comprometido, lleva a cabo la actividad educativa propuesta por el equipo técnico o este propone no continuar la tramitación del expediente, atendiendo al interés del menor (art. 27.4 de la LORPM).

Al respecto, no está de más recordar aquí que, desde su reforma mediante la Ley Orgánica 10/2022, del 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, el art. 3.1 de la Ley 4/2015, del 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, establece, con carácter general, que “estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género”.⁴

La consideración de todos los delitos de agresión sexual como delitos graves obliga a determinar las medidas que se imponen a sus autores con arreglo a lo dispuesto en los arts. 7.5 y 10 de la LORPM, también cuando la agresión no ha llegado a consumarse y cuando el menor interviene como cómplice.

⁴ Críticamente, ver Laboratorio de Teoría y Práctica de la Justicia Restaurativa, s.f.

Más concretamente, el art. 10.2 de la LORPM obliga a castigar la mayoría de las agresiones sexuales aplicando las reglas previstas para los delitos de máxima gravedad, esto es, para los relacionados con el terrorismo, el homicidio doloso, el asesinato y todos aquellos que el Código Penal o las leyes penales especiales castigan con penas de prisión iguales o superiores a 15 años. En todos los casos aquí indicados, el art. 10.2 obliga a imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 5 años complementada, en su caso, con otra medida de libertad vigilada.

Si al tiempo de cometer los hechos el menor tenía 16 o 17 años, la medida de internamiento podrá llegar a tener una duración de 8 años, y no podrá sustituirse por otra, dejarse sin efecto, reducir su duración o suspender la ejecución hasta que haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración del internamiento impuesto. El art. 11.2 de la LORPM prevé que la duración de la medida pueda ser superior cuando el menor ha cometido una pluralidad de infracciones que se juzguen conjuntamente.

Solo en relación con dos grandes grupos de agresiones sexuales dejan de aplicarse las reglas sobre la determinación de las medidas previstas en el art. 10.2 de la LORPM y estas se determinarán de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.1 de la LORPM:

- a. Un primer grupo lo forman las agresiones sexuales realizadas sin emplear violencia, intimidación, sin abusar de una situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, a personas que no se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abuse y que tampoco se realizan cuando la víctima tenga anulada, por cualquier causa, su voluntad (CP, 2024: arts. 178.1 y 181.1). Dicho de otro modo: el primer grupo de agresiones sexuales que no se castigan de acuerdo con las reglas previstas en el art. 10.2 de la LORPM lo forman las realizadas de forma sorpresiva o con engaño y las realizadas a menores de 16 años que prestan su consentimiento, pero sin que concurren las circunstancias previstas en el art. 183 bis del CP, es decir, sin que “el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica” (Ramos, 2021: 307-360).
- b. Un segundo grupo lo forman las modalidades atenuadas de agresión sexual previstas en los arts. 178.4 y 181.3 del CP. Son las realizadas sin violencia, sin intimidación, sin que la víctima tenga su voluntad anulada, sin que consistan en acceso carnal y sin que concurren las circunstancias agravantes previstas en los arts. 180 y 181.5. Se trata

de agresiones sexuales que no consisten en acceso carnal y en las cuales el autor actúa de forma sorpresiva, con engaño o con el consentimiento de la víctima menor de 16, pero sin que concurren las circunstancias previstas en el art. 183 bis del CP, o bien abusa de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o son agresiones que se ejecutan sobre personas que se hallan privadas de sentido o de cuya situación mental se abusa, y en las que no participan conjuntamente dos o más personas y tampoco concurren otras circunstancias agravantes.

Como apuntábamos antes, las agresiones incluidas en estos dos grupos se castigarán de acuerdo con las reglas previstas en el art. 10.1 de la LORPM: la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado es posible, pero no es preceptiva, salvo que el menor tenga 16 o 17 años y la agresión se considere un delito de extrema gravedad [art. 10.1.b LORPM]. Cuando la agresión no se considere un delito de extrema gravedad:

- a. si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.
- b. si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.

En principio, las medidas de internamiento se cumplirán “en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad” (LORPM, 2024: art. 54.1). Pero, con carácter general, el art. 14 de la LORPM prevé la posibilidad de que, cuando el menor alcance la edad de 18 años sin haber finalizado el cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado, el juez de menores acuerde que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto para los adultos en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Desde su introducción mediante la Ley Orgánica 10/2022, del 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, el art. 7.5 de la LORPM dispone:

Cuando la medida impuesta lo sea por la comisión de un delito de los previstos en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, el Juez impondrá de forma accesoria, en todo caso, la obligación de someterse a programas formativos de educación sexual y de educación en igualdad.

Y el art. 13 de la LORPM establece que, en estos casos, “sólo podrá dejarse sin efecto la medida si se acredita que la persona sometida a la misma ha cumplido la obligación prevista en el apartado 5 del artículo 7”.

V. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN VIGENTE SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS MENORES QUE COMETEN AGRESIONES SEXUALES

En tanto que permiten ofrecer una respuesta más eficaz, desde el punto de vista de la función de *prevención especial*, y que respetan los *principios de humanidad, culpabilidad y proporcionalidad en sentido amplio*, en términos generales, las sucesivas reformas de la LORPM me parecen acertadas, incluso cuando permiten aumentar la severidad de la intervención penal, algo que no parece haber sucedido (Fernández, 2012: 1-20).

No merecen la misma valoración la mayoría de las reformas que, para satisfacer una función de *prevención general*, amplían los supuestos en los que es preceptiva la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado, con independencia de si ello parece necesario para evitar que el menor condenado vuelva a delinquir.

Tampoco son satisfactorias las propuestas que, con la misma finalidad, interpretan la regulación vigente limitando la posibilidad de que el régimen de cumplimiento de las medidas de internamiento se ajuste a las necesidades de *prevención especial*.

La eficacia preventiva general de la incoación de un proceso penal, de la imposición y de la ejecución de una pena, es moderada, difícil de determinar y está claro que no depende exclusivamente de su gravedad (Cardenal, 2015; Rodríguez, 2016; Gómez Bellvís, 2024).

Tampoco puede desconocerse que aquellas reacciones del Estado limitan derechos, de manera que comportan otros costes e, incluso, pueden generar un efecto criminógeno. Pero comparto la tesis de que, también en relación con los delitos cometidos por menores, la eficacia preventiva general de la incoación de un proceso penal, de la imposición y de la ejecución de una pena, puede ser suficiente para justificar esta reacción del Estado, siempre que se respeten los principios de legalidad, humanidad, culpabilidad y proporcionalidad.

Esto comporta que, en aquellos casos en los que son innecesarias para evitar que el menor vuelva a delinquir, la incoación del expediente, la imposición de una medida y su ejecución solo estarán justificadas cuando la gravedad de esta reacción estatal sea moderada y, en cambio, sean significativas su eficacia preventiva y la gravedad de los delitos cometidos y que se intenta prevenir. Los problemas vienen al concretar este criterio general.

Me parece que las últimas reformas han ido demasiado lejos. El ámbito de aplicación del art. 10.2.b de la LORPM es actualmente excesivo. No es satisfactoria la fórmula aquí utilizada para fijar la duración del “periodo de seguridad” y tampoco las limitaciones que comporta, salvo que estas y la relación de los arts. 7.2 y 10 de la LORPM se interpreten como aquí se propone. Ello aconseja reformar esta regulación y, mientras que esto no llega, interpretarla de forma restrictiva.

En relación con los delitos contra la libertad sexual, es insatisfactorio que el ámbito de aplicación del art. 10.2 de la LORPM se delimite minusvalorando la importancia de la duración de las penas de prisión previstas en los arts. 178 a 181 del CP y del empleo de violencia o intimidación, hasta el punto de someter a las reglas allí previstas para los delitos de máxima gravedad, agresiones que no se castigan con una pena de prisión grave ni se cometen utilizando violencia o intimidación, pero que deben considerarse delitos graves porque también lo son las penas privativas de derechos previstas en el art. 192.3 del CP, puesto que tienen una duración superior a 5 años.

Estas penas privativas de derechos exacerban injustificadamente el ya excesivo punitivismo que deriva de las penas de prisión previstas por el legislador en este ámbito. ¡Unas penas privativas de derechos que la LORPM no prevé que puedan imponerse a los menores (y la redacción actual del art. 10.2 de la LORPM) determinan el tratamiento de las agresiones sexuales que ellos cometan!

Además de excluir del ámbito de aplicación del art. 10.2 de la LORPM, las agresiones sexuales previstas en los apartados 1 y 4 del art. 178 del CP, y en los apartados 1 y 3 del art. 181 del CP, *de lege ferenda* sería preferible que aquel se limitara a las agresiones sexuales castigadas con penas graves de prisión (penas de prisión con un límite mínimo superior a 5 años) o con penas de prisión que, por su extensión, permitan considerar que se trata de delitos graves, (es decir, con un límite máximo superior a 5 años) o, por lo menos, a las agresiones sexuales castigadas con pena de prisión menos grave (prisión de hasta 5 años) en las que concurran las circunstancias mencionadas en las letras b) o c) del art. 9.2 de la LORPM.

Asimismo, de las agresiones sexuales a menores de 16 años previstas en el art. 181 del CP (con la sola excepción de las previstas en el apartado 1 y en el apartado 3), la primera opción incluiría en el ámbito de aplicación del art. 10.2 las agresiones sexuales a quienes ya han cumplido 16 años y que consistan en acceso carnal (art. 179 del CP) o se realicen concurriendo las circunstancias previstas en el art. 180 del CP, pero no el resto.

La tercera opción también extendería el ámbito de aplicación del art. 10.2 a todas las agresiones sexuales con víctimas que ya han cumplido 16 años y que se realicen empleando violencia o intimidación (art. 178.3 del CP). Al tratarse de delitos graves, todas las agresiones sexuales excluidas del art. 10.2 de la LORPM podrían llegar a considerarse delitos de extrema gravedad, sometidos a las reglas de determinación de las medidas previstas en el segundo inciso del art. 10.1.b de la LORPM.

De lege lata, la ausencia de límites en relación con la posibilidad de suspender la ejecución de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta a quienes cometen un delito de agresión sexual con 14 o 15 años, y la posibilidad de sustituirla por una medida distinta, reducir su duración o dejarla sin efecto, permite reajustar la respuesta del derecho penal de menores a las necesidades de prevención especial.

En cambio, el “periodo de seguridad” previsto en el art. 10.2.b de la LORPM para los menores que delinquen con 17 o 18 años dificulta que las condiciones de cumplimiento de aquella medida puedan reajustarse en la misma dirección. Mientras aquel periodo de seguridad no desaparezca, en los casos que regula el art. 10.2.b de la LORPM, solo es posible ajustar las condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento a las necesidades de prevención especial, considerando que, también en estos casos, constará de dos periodos, cuya duración se ajustará a las necesidades de prevención especial,

sin que su modificación o el tránsito de un periodo a otro comporten la sustitución de la medida del internamiento por otra distinta.

Pero no es esta la interpretación que la Fiscalía General del Estado (Circular 9/2011, ap. III.1) y el Tribunal Supremo hacen de la relación entre los arts. 7.2 y 10 de la LORPM (sentencias del Tribunal Supremo 699/2012, del 24 de septiembre, y 737/2023, del 5 de octubre). Si se considera que el art. 7.2 no es aplicable a los supuestos en los que el art. 10 prevé la imposición de una medida complementaria de libertad vigilada, el rigor de la medida de internamiento que el art. 10.2 b de la LORPM obliga a imponer solo podrá matizarse considerando que el “periodo de seguridad” allí previsto impide suspender la ejecución, pero permite ajustar el régimen de cumplimiento de dicha medida a las necesidades de prevención especial, de modo que el menor solo se verá obligado a desarrollar todas las actividades en el centro mientras no se apruebe el plan individualizado de ejecución de la medida, o bien, hasta que ello deje de parecer necesario para evitar que vuelva a delinquir.

Creo que dicha interpretación sobre las limitaciones derivadas del “periodo de seguridad” previsto en el art. 10.2.b de la LORPM permite dar una respuesta satisfactoria cuando el internamiento en régimen cerrado no parece necesario para evitar que el menor vuelva a delinquir y la condena se refiera a agresiones sexuales que no consistan en tener acceso carnal o, incluso, a supuestos en los que el menor perseguía tener acceso carnal, pero no llegó a consumarse.

A menudo, el hecho de que no parezca necesaria una respuesta más severa para evitar que el menor vuelva a delinquir está relacionado con el transcurso de un prologado periodo entre la comisión del delito y la firmeza de la sentencia condenatoria (algo que viene favorecido por el incremento de los plazos de prescripción) (cfr. LORPM, 2024: art. 15 y CP, 2024: 132.1 Gómez Martín, 2022), y con la circunstancia de que el menor se ha integrado satisfactoriamente en la vida social, de modo que la edad y el resto de las circunstancias concurrentes desaconsejan su ingreso en un centro de menores y, también, el cumplimiento de la medida en un centro penitenciario.

Nos referimos a supuestos como los analizados en la sentencia del Tribunal Supremo 471/2022, del 15 de mayo (delito intentado de agresión sexual con penetración a persona de 16 años de edad y especialmente vulnerable por razón de su discapacidad, cometido casi 5 años antes y en el que concurre la atenuante de reparación del daño como muy cualificada);

en la sentencia del mismo Tribunal 101/2024, del 1 de febrero (tocamientos a menor que estaba dormida) o en las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 3) 580/2017, del 5 de diciembre (beso sorpresivo y tentativa de felación con violencia) y 154/2023, del 9 de marzo (tocamientos con violencia y la participación de varias personas).

Como se mencionó antes, tampoco es satisfactorio el tratamiento que deriva de la consideración de todas las agresiones sexuales como delitos graves, con independencia de si el Código Penal las castiga con penas de prisión de más de 5 años. Esto impide desistir de la incoación y de la continuación del expediente cuando no se trate de agresiones sexuales mencionadas en el art. 10.2 de la LORPM y concurren los requisitos previstos en los arts. 19 y 27.4 de la LORPM. Esta alternativa al enjuiciamiento y condena del menor debería permitirse en relación con la mayoría de las agresiones sexuales, sin descartar que el desistimiento vaya ligado a alguna de las alternativas que ofrece la justicia restaurativa.

Así mismo, me parece un error que las penas privativas de derechos previstas en el art. 192.3 del CP impidan castigar las agresiones sexuales más leves de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9.3 de la LORPM y permitan castigar con medidas de internamiento de más de dos años de duración al menor que comete una agresión sexual sin violencia ni intimidación, ni acceso carnal ni la actuación conjunta de un grupo de personas (cfr. LORPM, 2024: art. 9.2). Piénsese en agresiones consistentes en tocamientos realizados de forma sorpresiva como los analizados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (sec. 2) 240/2021, del 21 de mayo, o tocamientos realizados abusando de una situación de vulnerabilidad derivada de la intoxicación alcohólica de la víctima o aprovechando que está dormida, agresiones (las dos últimas) que la legislación vigente obliga a castigar con las reglas previstas en el art. 10.2 para el homicidio doloso consumado y los delitos considerados de máxima gravedad, salvo que se aprecie la concurrencia de las modalidades atenuadas de agresión sexual previstas en los arts. 178.4 o 181.3 CP.

VI. CONCLUSIONES

La consideración de todas las agresiones sexuales como delitos graves y la decisión de que la mayoría de ellas se someta a las reglas especiales previstas para los delitos de máxima gravedad son insatisfactorias, porque

limitan excesivamente la orientación del derecho penal de menores a la función de prevención especial. Sería conveniente una reforma legislativa que amplíe los supuestos en los que es posible desistir de la incoación y de la continuación del expediente, que reduzca las modalidades de agresión sexual sometidas a las reglas especiales previstas en el art. 10.2 de la LORPM y que, en estos casos, permita ajustar las condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento a las necesidades de prevención especial. El interés superior del menor, al que se refiere el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no es el único que debe ser tomado en consideración. Pero ese interés no deja de ser superior por el hecho de que el menor haya cometido un hecho delictivo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Barquín Sanz, Jesús y Cano Paños, Miguel Ángel (2016). “Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 18, 37-95.
- Bernuz Beneitez, María José (2005). “Justicia de menores española y nuevas tendencias penales”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7.
- Cardenal Montraveta, Sergi (2024). *La responsabilidad penal de los menores*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cardenal Montraveta, Sergi (2015). “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17.
- Colás Turégano, Asunción (2023). “Punitivismo y justicia de menores: La reforma de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000) por la Ley del ‘solo sí es sí’ (LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual)”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25.
- Castellví Monserrat, Carlos (2023). “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En Corcoy Bidasolo, María Luisa, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 3ª ed. (tomo I, pp. 273-298). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuerda Arnau, María Luisa (2008). “Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor”. *Revista Penal*, 22, 22-32.
- Cueto Santa Eugenia, Elisabet (2023). *El desistimiento en la justicia juvenil y su fundamento educativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Fernández Molina, Esther (2012). “El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14.
- Fernández Molina, Esther (2008). *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Esteban, David (16 de noviembre de 2023). “Delitos sexuales entre adolescentes”. *Revista de Jurisprudencia*. <https://elderecho.com/delitos-sexuales-entre-adolescentes>
- García Esteban, David (15 de noviembre de 2022). “Comentario ‘de urgencia’, sobre la afectación de la LO 10/2022 (Ley ‘Sí es sí’) a la jurisdicción de menores”. *Revista de Jurisprudencia*. <https://elderecho.com/ley-si-es-si-afectacion-jurisdccion-menores>
- García Pérez, Octavio (2005). “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores”. En Pantoja García, Félix (dir.). *La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*. (pp. 399-438). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- García Pérez, Octavio (2004). “Los actores públicos del proceso penal de menores, el inicio de éste y las vías desjudicializadoras”. En Pérez Álvarez Fernando (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta* (pp. 735-767). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Gómez Bellvís, Ana Belén (2024). “Desde Feuerbach hasta Kahneman: Un análisis de la evolución de la teoría de la disuasión general”. *Revista General de Derecho Penal*, 41.
- Gómez Martín, Víctor (2022). “La prescripción de los delitos con víctima menor de edad: ¿quién da más?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24.
- Gómez Rivero, María del Carmen (2022). “La responsabilidad penal del menor: Las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”. *Revista Penal*, 9, 3-26.
- Jericó Ojer, Leticia (2018). “El impacto (probablemente no previsto) de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en el Derecho penal de menores”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20.
- Jiménez Díaz, María José (2015). “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17.
- Laboratorio de teoría y práctica de justicia restaurativa. Instituto Vasco de Criminología (s.f.). “Reflexión crítica sobre la prohibición normativa española para desarrollar procesos de mediación en violencia de

género y violencia sexual”. <https://www.ehu.eus/documents/d/ivac/invitacion-a-la-reflexion-prohibicion-de-mediacion-en-el-ordenamiento-espanol>

- Ramos Vázquez, José Antonio (2021). “La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”. *Estudios Penales y Criminológicos*, XLI, 307-360.
- Rodríguez Horcajo, Daniel (2016). *Comportamiento humano y pena estatal; disuasión, cooperación y equidad*. Madrid Marcial Pons.

DOSSIER

El tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores en la legislación española

> Sergi Cardenal Montraveta

Justicia para adolescentes en México: una perspectiva integral, interdisciplinaria y sistémica

> Sofía M. Cobo Téllez

La prevención social en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal

> Rubén Escobedo Cabello

> Gerardo García Silva

Procedimiento abreviado en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

> Edgar Ramírez Valdés

Perspectiva criminológica sobre las adolescentes: examinando los modelos teóricos de la delincuencia femenina

> Aura Itzel Ruiz Guarneros

Tópicos de armonización entre la justicia penal para adolescentes y el juicio de amparo

> Alejandro Vilchis Robles

VARIA

Ordenar en el Derecho Penal Internacional y sus implicaciones para la política criminal

> Francisco Javier Dondé Matute

Reflexiones críticas en torno a la Ley de Amnistía (análisis deconstructivo)

> Alberto Herrera Pérez

> Eduardo Alberto Herrera Montes

RESEÑA

Sobre la responsabilidad penal por producto defectuoso

> Gabriela Monserrat Espejo Pinzón

Revista Mexicana de Ciencias Penales

Número 25 / Publicación cuatrimestral

Enero-abril 2025 / Año 8 / Segunda época

ISSN: 0187-0416 / e-ISSN: 2954-4963

\$200.00 MXN

Versión OJS

revistaciencias.inacipe.gob.mx



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



INACIPE
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

INACIPE
49
AÑOS
1976 • 2025

ISSN: 0187-0416

