

LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Aspectos penales, procesales
y político-criminales

CLARA MOYA GUILLEM

Directora

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

COORDINADOR

monografías

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



**LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS
ESPECIALMENTE VULNERABLES**
Aspectos penales, procesales y político-criminales

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de
la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSIO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Jaume I de Castellón*

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil de la
Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Investigador del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de
la Universidad de Sevilla*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de
la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y*

*Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMANN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Aspectos penales, procesales y político-
criminales

CLARA MOYA GUILLEM

Directora

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

Coordinador

tirant lo blanch

Valencia, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Clara Moya Guillem

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-1548-2023
ISBN: 978-84-1169-051-5
MAQUETA: Dissert Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Autores

ISIDORO BLANCO CORDERO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

Profesor Ayudante. Universidad de Alicante

CARMEN DURÁN SILVA

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Alicante

CRISTINA FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA

Profesora Titular. Universidad de Alicante

ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ

Profesora Ayudante Doctora. Universidad de Alicante

CLARA MOYA GUILLEM

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Alicante

NATALIA SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Alicante

JUAN CARLOS SANDOVAL

Profesor Contratado Doctor. Universidad de Alicante

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

Profesora Titular. Universidad de Valladolid

Índice

Presentación	15
--------------------	----

Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

I. Introducción	19
II. La vulnerabilidad: aspectos fundamentales de un concepto debatido ...	21
2.1. Vulnerabilidad universal y la condición humana	22
2.2. Vulnerabilidad especial: Grupos, capas	27
2.3. Políticas de vulnerabilidad. Algunas cautelas necesarias	33
III. Política criminal y vulnerabilidad humana	39
3.1. La vulnerabilidad humana en el origen del Derecho.....	40
3.2. Vulnerabilidad y penalidad.....	42
3.3. Políticas criminales y especial vulnerabilidad de las víctimas..	47
3.3.1. Grupos vulnerables, política criminal antidiscriminatoria y las líneas rojas penales	49
3.3.2. ¿Víctimas especialmente vulnerables? Entre automatismos e individualización.....	54
IV. Reflexiones conclusivas	57
Bibliografía	60

Vulnerabilidad y Derecho Penal Internacional

CRISTINA FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA

I. Introducción	65
II. La protección a grupos vulnerables.....	67
2.1. La vulnerabilidad de los grupos protegidos en el delito de genocidio	67
2.2. La vulnerabilidad de la población civil en los crímenes de lesa humanidad	70
2.3. La vulnerabilidad en los crímenes de guerra.....	72
III. La especial vulnerabilidad de la víctima en la valoración de la gravedad del delito a efectos de la determinación de la pena.....	74
3.1. La gravedad del delito como factor principal para la deter- minación de la pena	74

3.2. La especial vulnerabilidad de la víctima como elemento integrante de la gravedad	76
IV. La especial vulnerabilidad de la víctima como agravante	78
4.1. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia	78
4.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda	82
4.3. La Corte Penal Internacional	83
V. Reflexiones finales: ¿qué puede aportar la experiencia del derecho penal internacional al debate nacional?	87
Bibliografía	88

Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal? El caso de la vulnerabilidad victimal

JUAN CARLOS SANDOVAL

I. Planteamiento de la cuestión	91
II. Las agravaciones específicas basadas en la situación de especial vulnerabilidad de la víctima (o en una víctima especialmente vulnerable). Aspectos generales	94
III. ¿Por qué se ha proporcionado una tutela reforzada a determinadas víctimas especialmente vulnerables? Algunas consideraciones preliminares	111
IV. Conclusiones	115
Bibliografía	116

La menor edad como fundamento de la agravación de la pena: estudio crítico de los tipos agravados por razón de la menor edad y la especial vulnerabilidad

ISIDORO BLANCO CORDERO

I. Introducción	121
II. La tutela penal reforzada de los menores mediante tipos cualificados ..	124
III. Los menores protegidos: el límite de edad de catorce, dieciséis, dieciocho años y la vulnerabilidad por razón de la edad	126
3.1. La protección penal de los menores de catorce años	126
3.2. La menor edad de dieciséis años	129
3.3. Protección penal incrementada de los menores de dieciocho años	134
3.3.1. Tipos cualificados fundamentados en la inferioridad del menor ante el comportamiento del agresor o en la incidencia negativa en su formación o desarrollo ...	135
3.3.2. Utilización de menores de edad para cometer delitos o actividades ilícitas	140

3.3.3. Especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la (menor) edad	143
IV. Conclusiones	146
4.1. Incoherencias de los tipos agravados cuando el sujeto pasivo es un menor	146
4.2. ¿Es necesario introducir una agravante genérica de minoría de edad?.....	150
Bibliografía	157

Mayores vulnerables y Derecho Penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad

NATALIA SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES

I. Introducción	161
II. El maltrato a las personas mayores. Aspectos victimológicos	168
2.1. Un fenómeno en expansión	168
2.2. Formas de victimización.....	170
2.3. Victimizaciones por tipología en España en 2021.....	171
2.4. Factores de riesgo.....	174
III. La agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad	176
3.1. Subtipos cualificados por la especial vulnerabilidad por razón de edad	176
3.2. La edad como fuente de especial vulnerabilidad.....	178
3.2.1. Minoría de edad y edad avanzada.....	179
3.2.2. Discapacidad, enfermedad y (avanzada) edad	180
3.3. La aplicación judicial del subtipo cualificado de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad.....	187
3.3.1. Resoluciones que realizan una aplicación automática del subtipo agravado	189
3.3.2. Resoluciones que niegan una aplicación automática del subtipo agravado	193
3.3.3. Resoluciones que fundamentan adecuadamente la apreciación del subtipo agravado.....	196
3.3.4. Resoluciones que fundamentan la especial vulnerabilidad en la edad y otras circunstancias conjuntamente.....	197
IV. Conclusiones.....	200
Bibliografía	202

La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

I. Introducción	205
II. Discapacidad	207
2.1. Concepto de discapacidad en el Código Penal.....	207
2.2. Tutela jurídico penal de la discapacidad.....	212
III. Enfermedad	216
Bibliografía	219

El abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la excusa absolutoria de parentesco (art. 268 Cp)

ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ

I. Introducción	221
II. La apreciación del “abuso de vulnerabilidad” en la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales	223
2.1. El abuso de la vulnerabilidad por razón de edad.....	224
2.1.1. El caso de los menores de edad	227
2.1.2. El caso de las personas de edad avanzada	231
2.2. El abuso de la vulnerabilidad por tratarse de una persona con discapacidad.....	235
2.3. Parientes enfermos o en otras situaciones de vulnerabilidad: ¿desprotegidos?.....	236
III. Conclusiones.....	240
Bibliografía	242

La especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho Penal Procesal español

CARMEN DURÁN SILVA

I. Introducción: cuestiones previas sobre la vulnerabilidad victimal.....	245
II. Regulación en vigor	254
2.1. Menores.....	254
2.1.1. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.....	254
2.1.2. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia	258
2.2. Personas con discapacidad	265
2.2.1. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.....	265

Índice	13
2.2.2. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia	268
III. La regulación en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020	271
IV. Conclusiones.....	275
Bibliografía	280

La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora

CLARA MOYA GUILLEM

I. Introducción	283
II. Las cuatro dimensiones de la vulnerabilidad victimal. Delimitación y análisis de su impacto en el sistema de justicia penal	288
2.1. La prevención de la victimización a través de políticas públicas de seguridad.....	289
2.2. La prevención de la victimización a través de la pena.....	292
2.3. La prevención de la victimización secundaria.....	293
2.4. La reparación de la victimización.....	296
III. Las circunstancias agravantes específicas basadas en la especial vulnerabilidad victimal.....	297
3.1. De nuevo sobre el fundamento.....	298
3.2. Algunas pautas de interpretación de lege lata.....	306
IV. Propuestas de lege ferenda a modo de conclusión	311
Bibliografía	315

La menor edad como fundamento de la agravación de la pena: estudio crítico de los tipos agravados por razón de la menor edad y la especial vulnerabilidad

ISIDORO BLANCO CORDERO

I. INTRODUCCIÓN

Un importante sector de la doctrina entiende que las condiciones especiales de vulnerabilidad de los menores de edad¹ hace necesaria, en determinadas circunstancias, una *tutela penal reforzada* de sus intereses evolutivos y formativos. La minoría de edad se concibe como una manifestación de la vulnerabilidad del sujeto pasivo² del delito, la cual constituye la “razón última” que permite establecer marcos punitivos graves³. Esa vulnerabilidad, dice PÉREZ MACHÍO, se asocia a la falta de madurez que caracteriza esta etapa de la vida, en función de las características biológicas, psicológicas y socioculturales. En una línea similar, MOYA GUILLEM y DURÁN SILVA señalan que, desde la victimología, se acredita la mayor propensión “victimal” que pre-

¹ Aluden a la vulnerabilidad subjetiva y situacional que sitúan a los menores de edad en una categoría de grupo especialmente vulnerable, lo que requiere de una mayor protección por parte del Estado, PÉREZ MACHÍO, A.I. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, en PÉREZ MACHÍO, A. I. / DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*,), 2020, pp. 25-68, p. 34.

² En este sentido, PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La protección penal del/de la menor víctima de delitos. Hacia un derecho penal basado en el paradigma de la victimología evolutiva y la vulnerabilidad del/la menor de edad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 25 (Tercera época), 2021, pp. 263-304, p. 265, con referencias bibliográficas.

³ Así PÉREZ MACHÍO / DE LA CUESTA ARZAMENDI: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, cit., p. 26.

sentan los menores de edad, especialmente en el ámbito familiar, por razón de su indefensión⁴. La protección reforzada de los menores, continúan, se fundamenta en su “vulnerabilidad subjetiva”⁵.

La normativa nacional, internacional y de la Unión Europea (UE)⁶ apuntan a la necesidad de protección del menor. Así, la *Constitución española* (CE) y la *Convención sobre los derechos del niño*⁷ reconocen a los menores la titularidad plena de derechos, aunque la capacidad para ejercerlos la van adquiriendo de manera progresiva. El art. 39 CE dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Estos derechos deben ser tutelados por todos los sectores del ordenamiento jurídico, también por el Derecho penal. En la UE, el art. 3.3 del Tratado de la UE señala expresamente que la Unión fomentará la protección de los derechos del niño. Asimismo, el art. 3.5, en cuanto a las relaciones de la UE con el resto del mundo, dispone que ha de contribuir a la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño⁸. Por su parte, el *Consejo de Europa*, junto con los convenios sectoriales en los que se establece la protección de los derechos de los menores (en materia de lucha contra la explotación y el abuso sexual⁹, de lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia

⁴ Por lo que se las suele considerar “víctimas ideales”, Cfr. MOYA GUILLEM, C. / DURÁN SILVA, C.: “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* 1.2022, pp. 414-451, p. 416, con referencias bibliográficas.

⁵ Que es consecuencia, dicen estas autoras, de la falta de madurez propia de esta etapa vital por razón de sus características biológicas, psicológicas y socioculturales.

⁶ Un estudio de la normativa internacional puede verse en PÉREZ MACHÍO / DE LA CUESTA ARZAMENDI: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, cit., pp. 36 ss.

⁷ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313, 31 diciembre 1990.

⁸ En la UE se mantiene una Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño y la Garantía Infantil Europea, véase https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child/eu-strategy-rights-child-and-european-child-guarantee_es#documents. También la Comisión Europea ha publicado la Estrategia para los Derechos de la Infancia 2021-2024.

⁹ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Instrumento

doméstica¹⁰, de lucha contra la trata de seres humanos¹¹ o de lucha contra la ciberdelincuencia¹²), mantiene vigente una *Estrategia para los derechos del niño* (2022-2027) en la que se establecen concretas esferas prioritarias para garantizar sus derechos¹³.

La tutela de los menores en el ámbito penal comienza ya en el art. 19 CP, en relación con el *menor de edad como autor de delitos*, cuando señala que quienes tienen una edad inferior a dieciocho años no son responsables con arreglo al Código penal. La edad cronológica de dieciocho años marca el inicio de la responsabilidad criminal plena. Por debajo de esa edad, y desde los catorce años, es de aplicación la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (LORPM). Cuando se trate de un infractor menor de catorce años, no se le exige responsabilidad con arreglo a la LORPM, sino que se le aplica lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes (art. 3 LORPM). La LORPM parte de la base, como dice su Exposición de Motivos, de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, incluso en aquellos casos en los que se pueda producir alarma social, la adecuada respuesta puede proceder de los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado. Los mayores de catorce y menores de dieciocho son responsables, pero a diferencia de la responsabilidad de los adultos, esta presenta un *carácter esencialmente de intervención educativa*. Se

de ratificación publicado en el BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

¹⁰ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

¹¹ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

¹² Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

¹³ Véase el documento Council of Europe strategy for the rights of the child 2022-2027: "Children's rights in action: from continuous implementation to joint innovation".

trata, por tanto, de que la intervención sobre el menor infractor tenga carácter educativo y esté orientada a su resocialización, con el fin de minimizar el riesgo de estigmatización y mejorar la eficacia preventiva de la actuación penal. Es por ello por lo que se precisa atender en todo caso al interés superior del menor, que constituye el principio rector del Derecho penal de menores.

La presente contribución constituye una actualización de otro texto previo¹⁴, en el que se analizaba precisamente la regulación penal de los tipos cualificados cuando el sujeto pasivo es un menor antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia¹⁵. Pretendemos ahora poner al día aquel trabajo, partiendo del mismo, y repasando la situación actual de tales *tipos agravados* (los que hemos detectado, salvo error u omisión) concretando, cuando sea posible, su fundamento. La conclusión a la que llegamos en aquel momento, que se mantiene, es que no existe coherencia en el tratamiento penal de los menores de edad como víctimas de delitos, ni tampoco en cuanto a la *ratio* de su tutela reforzada.

II. LA TUTELA PENAL REFORZADA DE LOS MENORES MEDIANTE TIPOS CUALIFICADOS

El legislador penal recurre a diversas *técnicas* para garantizar una robusta tutela penal de los menores. La parte especial del CP contiene numerosas disposiciones que atienden a la edad cronológica del sujeto pasivo como elemento decisivo para configurar tipos penales o para la

¹⁴ BLANCO CORDERO, I.: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, en PÉREZ MACHÍO A.I./ DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La integración social de/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, 2020, pp. 507-545.

¹⁵ Sobre los aspectos penales de esta ley véase FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “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 del uso (y/o abuso) de la técnica de leyes integrales”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 134, 2021, pp. 5-46.

determinación de la pena (en sentido agravatorio)¹⁶. En algunos casos se crean figuras delictivas en las que el sujeto pasivo es un menor de edad (o de determinada edad). Se configuran así *tipos autónomos* con el fin de tutelar especiales bienes jurídicos de los que es titular el menor. En otros casos la técnica consiste en agravar un tipo penal cuyo sujeto pasivo puede serlo cualquiera, mayor o menor de edad, si bien se incrementa la pena en caso de que se trate de un menor¹⁷ (o menor de una determinada edad)¹⁸, como ocurre en los delitos de homicidio y sus formas o en las lesiones. En estos supuestos el bien jurídico protegido es el mismo que cuando la víctima es un mayor de edad, por lo que se han de explicar cuáles son los motivos del incremento de pena en estas concretas áreas delictivas. La referencia en ciertos casos a la vulnerabilidad (especial) de la víctima a causa de la edad también comprende incrementos punitivos basados en la menor edad. Incluso existe una agravante genérica de discriminación por razón de edad (art. 22.4 CP), que pone el acento no tanto en la (menor) edad de la víctima cuanto en los motivos que guían al autor del hecho.

La *oportunidad* y conveniencia de proteger con mayor intensidad a los menores de edad víctimas de delitos dependerá, esencialmente, del fundamento de la agravación. La vigente regulación penal permite observar una tendencia a la sobreprotección del menor, en ocasiones falta de coherencia, que ofrece una imagen poco realista de sus necesidades de tutela¹⁹. En efecto, el legislador no ha sido coherente a la hora de determinar qué *menores* merecen una protección penal intensificada. En algunos delitos se agrava la pena cuando los hechos recaen sobre un menor de edad (de dieciocho años), en otros se alude

¹⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 39, Fasc/Mes 2, 1986, pp. 487-510, p. 489.

¹⁷ Algo a lo que ha sido proclive la tradición jurídico-penal, apuntan PÉREZ MACHÍO / DE LA CUESTA ARZAMENDI: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, cit., p. 25.

¹⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J.: “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias”, en MORILLAS CUEVAS / SUÁREZ LÓPEZ, *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 103-140, p. 117.

¹⁹ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 7.

a los menores de dieciséis años (dejando fuera de la protección a los que tienen entre dieciséis y dieciocho), en otros cuando se trata de menores de catorce años (e incluso menores de cuatro años) y, en otros, se alude a personas especialmente vulnerables por razón de su edad, que incluye también a los menores (pero no solo). No es fácil, sin embargo, responder a la pregunta de por qué se otorga mayor protección a los menores de dieciocho años en unos casos y a los menores de dieciséis en otros.

III. LOS MENORES PROTEGIDOS: EL LÍMITE DE EDAD DE CATORCE, DIECISÉIS, DIECIOCHO AÑOS Y LA VULNERABILIDAD POR RAZÓN DE LA EDAD

La inconsistencia legislativa a la hora de tutelar al menor como sujeto pasivo de delitos se aprecia no solo cuando se trata de tipos autónomos, sino también cuando se trata de tipos agravados. Las *edades cronológicas* fijadas son muy distintas: dieciocho años, dieciséis, catorce (incluso cuatro). Algunas cualificaciones aluden a las personas especialmente vulnerables por razón de su edad, incluyendo también a los menores. Vamos a tomar como referencia el criterio de la edad cronológica para examinar los distintos tipos agravados contenidos en el CP.

Adelantamos aquí que, además de las edades que vamos a estudiar (y otras situaciones previstas en el CP), existe el mencionado límite de *4 años* en las agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Estas se agravan, en todo caso, cuando la víctima sea menor de cuatro años (art. 181.4.c) CP).

3.1. La protección penal de los menores de catorce años

La disposición final 6.13 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio ha modificado el art. 148.3 CP, elevando la edad del menor de edad que resulta especialmente protegido por el delito de lesiones. Hasta la entrada en vigor de la mencionada ley, la edad del menor protegido era de doce años. La ley eleva el límite de edad a los *atorce años*. El menor de catorce años recibe así una tutela especial y distinta a la de los mayores de esa edad en el *delito de lesiones*. El tipo básico del

art. 147.1 CP puede agravarse (pena de prisión de dos a cinco años), según el art. 148.3º CP, atendiendo al resultado causado o riesgo producido, si la víctima fuere menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

No es fácil apuntar el *fundamento* de esta agravación facultativa. La doctrina apuntaba distintos fundamentos en relación con la cualificación por razón de la víctima menor de 12 años prevista antes de la reforma de 2021: la mayor debilidad en la que se encuentra el bien jurídico en atención a las limitaciones de los sujetos pasivos²⁰, que se trata de una persona especialmente indefensa por razón de su menor edad²¹ o que estamos ante un supuesto de alevosía o/y abuso de superioridad especialmente tipificado²². Se parte de la idea de que la víctima menor se encuentra en una situación de inferioridad respecto del autor de las lesiones, siendo esto lo que justifica la posibilidad de incrementar la pena atendiendo a los criterios previstos en el precepto (resultado causado o riesgo producido). Quien lesiona a un menor de catorce años, según esto, está abusando de su superioridad, aprovechándose de la desproporción de fuerzas entre ambos para causar la lesión. Conviene por ello preguntarse si tiene sentido un tipo agravado como este, al margen de la agravante genérica del art. 22.2 CP de abuso de superioridad, y si se justifica un aumento de la pena mayor que el que se derivaría de la aplicación de esta agravante genérica (art. 66.1.3 CP, pena en la mitad superior si solo concurre una agravante -o dos-)²³.

Aparentemente el menor de catorce años es un sujeto que se encuentra en todo caso en una situación de inferioridad respecto, al

²⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Derecho Penal Español Parte Especial I*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 422. Señala que cuando refiere a la minoría de 12 años de edad el significado es exclusivamente biológico.

²¹ MARTINEZ GARCIA, Á.S.: “Artículo 148”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código penal*, Vol. 2, 2015 (Los delitos contra las personas, artículos 138-233), p. 184.

²² GÓMEZ MARTÍN, V.: en CORCOY BIDASOLO, M., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 106.

²³ La pena a imponer de manera facultativa en este caso es la de prisión de dos a cinco años, lo que supera con creces la que le correspondería de aplicar la agravante genérica de abuso de superioridad (si concurriera sola o con otra) a la pena del art. 147.1 CP.

menos, a los mayores de edad (dieciocho años). No se entiende, sin embargo, el criterio empleado por el legislador para establecer el *límite de edad de catorce años*. Cuando el límite se ubicaba en los doce años, algunos tildaban este límite de “arbitrario” e “injustificado”²⁴ o “lamentable” al estar basado en “ocurrencias del correspondiente responsable ministerial y de acuerdo a ignotos razonamientos”²⁵. Se trata de un límite de edad que no coincide con ningún otro de los previstos en el CP que incrementan la pena cuando el delito se comete contra un menor. Ni siquiera con los delitos más próximos contra las personas, como los delitos de homicidio y sus formas (art. 140.1.1º CP), en los que el límite de edad es de dieciséis años. Es cierto, con todo, que coincide con el límite que contiene la LORPM, por debajo del cual no es posible considerar penalmente responsables a los menores de edad. Precisamente el límite de catorce años ha sido considerado por algún autor²⁶ como la edad por debajo de la cual concurren en los niños vulnerabilidades o debilidades semejantes a las que se encuentran detrás de los tipos cualificados dirigidos a la tutela particularizada de los menores.

Es de imaginar que el legislador está pensando en que lesionar a un chico de trece años supone un mayor desvalor de acción y, por lo tanto, un mayor contenido del injusto derivado de la peligrosidad objetiva de la agresión (no tanto, quizás, del resultado causado). Sin embargo, esto no se puede afirmar de manera automática en todo caso. Será necesario comprobar en el supuesto concreto que la edad supone una mayor gravedad de la conducta por expresar un riesgo superior debido a una situación de abuso de superioridad. Posiblemente, como se apunta por algunos, este automatismo no justificado puede com-

²⁴ Mantiene estos adjetivos CANCIO MELIÁ, M.: en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, nº 7417.

²⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, *Derecho Penal Español Parte Especial I*, cit., p. 420.

²⁶ Edad que fija la LORPM como límite por debajo del cual no es posible exigir responsabilidad criminal del menor. En el mismo sentido que el autor citado, PÉREZ MACHÍO / DE LA CUESTA ARZAMENDI: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, cit., p. 64, con base en los paradigmas de la victimología evolutiva, proponen la edad de 14 años, coincidente con la prevista en la LORPM, como el umbral superior de la edad que requiere una tutela penal reforzada.

pensarse con el hecho de que se trata de una *previsión facultativa*²⁷. Según esto, no procederá aplicar la agravación cuando, pese a la menor edad, no se aprecie la existencia de una mayor gravedad²⁸.

3.2. La menor edad de dieciséis años

Los delitos de homicidio y sus formas (art. 140.1.1° CP), los delitos patrimoniales (art. 235.2.8° CP y 241.4 CP) y los delitos contra la libertad sexual (así, por ejemplo, en los tipos agravados previstos de los arts. 188 y 189 CP) prevén tipos cualificados que tienen como límite de edad los dieciséis años.

En el marco de los *delitos patrimoniales*, el art. 235.2.8° CP agrava la pena cuando se utilice a menores de dieciséis años para cometer *hurto* (pena de uno a tres años) y el art. 241.4 cuando se trata de robos con fuerza en las cosas. Esta circunstancia se introdujo en el numeral 5° del art. 235 CP mediante la reforma del 2010, que agravaba la pena en caso de utilización de menores de catorce años para la comisión del delito de hurto. Tras la reforma de 2015 pasa a estar contenida en el numeral 8° y se eleva la edad del menor de catorce a dieciséis años. Este cambio fue relevante en la medida en que la reforma de 2010 preveía la utilización de menores exentos de responsabilidad criminal para cometer el hurto. Se tipificaba así de manera expresa una forma de autoría mediata del delito de hurto mediante utilización de menores de catorce años²⁹. Como se ha indicado, el menor de catorce años está siempre exento de responsabilidad penal (de acuerdo con la LORPM), por lo que es considerado como el instrumento del delito³⁰. La intervención en el delito de quienes tienen

²⁷ CANCIO MELIÁ: *Memento práctico Francis Lefebvre, cit.*, n° 7417.

²⁸ CANCIO MELIÁ: *ibídem*.

²⁹ FARALDO CABANA, P.: “Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010”, *La Ley Penal*, núm. 81, 2011 (consultada la versión electrónica).

³⁰ Así, GARCÍA ARÁN, M.: “La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 110, núm. 4, 2011 (Ejemplar dedicado a: La Reforma del Codi Penal), pp. 1001-1015, p. 1008; DEL CARPIO DELGADO, J.: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, en DEL CARPIO DELGADO, J., *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*, 2018, pp. 187-220, p. 210.

catorce años y hasta los dieciocho años debía regirse por las normas generales de autoría y participación³¹. Durante la tramitación de la reforma hubo enmiendas que pretendían que se mantuviera la edad de 14 años³². La materialización de la reforma y la elevación a la edad de 16 años ha motivado que un sector de la doctrina proponga interpretar el verbo típico “utilizar” (al menor) en un sentido estricto. Según esto, el tipo agravado será admisible exclusivamente cuando el mayor de edad, actuando como autor mediato, utiliza al menor de dieciséis años como instrumento³³. No procederá el tipo cualificado si el menor de dieciséis años y mayor de catorce interviene de manera responsable en el delito y su contribución puede calificarse de autoría o participación en el mismo³⁴. Será de aplicación el tipo cualificado

³¹ GARCÍA ARÁN: “La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa”, cit., p. 1007; DEL CARPIO DELGADO: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, cit., p. 210.

³² BOCG, Serie A: Proyectos de Ley, 10 de diciembre de 2014, Núm. 66-2, p. 446; BOCG, Senado, apartado I, núm. 475-3158, 23 de febrero de 2015, p. 205. Sobre estas enmiendas véase nuestro texto BLANCO CORDERO: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, cit., pp. 516 ss.

³³ Así, con base en la solución adoptada por el Tribunal Supremo con relación al tipo cualificado del tráfico de drogas cuando se utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito (art. 370.1 del CP) en el Acuerdo adoptado en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009, DEL CARPIO DELGADO, J.: “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2, 2013, pp. 83-137, pp. 114 y ss; DEL CARPIO DELGADO: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, cit., pp. 211-212. De acuerdo con esta autora, el tipo cualificado será de aplicación cuando se utiliza al menor de catorce años, y cuando se utiliza a un menor de dieciséis años y mayor de catorce “que no actúa típicamente porque falta en él un elemento subjetivo que exija el tipo delictivo; por ejemplo, si el mayor de edad ordena a un menor a que realice una sustracción sin saber el menor que la cosa es ajena. Lo mismo cabe afirmar respecto a la utilización del menor de entre catorce y dieciséis años que actúa en error de tipo, error de prohibición o miedo insuperable provocados por el mayor de dieciocho años”.

³⁴ Como ejemplo, DEL CARPIO DELGADO: “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, cit., p. 115; DEL CARPIO DELGADO: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, cit., p. 212, indica que no se aplica el tipo agra-

(en todo caso dice la doctrina) cuando se utilice a un menor de catorce años, porque el mayor se aprovecha de la inimputabilidad presumida ya existente en el instrumento³⁵. No es sencillo, sin embargo, concretar el *fundamento* de este tipo cualificado. La doctrina alude a que la finalidad es castigar con mayor pena el uso de menores para cometer delitos, porque ello menoscaba el libre desarrollo de su personalidad (bien porque se los obliga a realizar conductas delictivas actuando coaccionados o desconociendo que delinquen, bien porque se menoscaba su derecho a no formar parte del mundo de la delincuencia)³⁶. Volveremos más adelante a examinar este debate.

En cuanto a los *delitos de homicidio y sus formas*, se afirma que el fundamento de la agravación es la *mayor vulnerabilidad* del menor de dieciséis años (o de la persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad)³⁷. Parece que la finalidad del legislador ha sido incrementar la reacción punitiva en casos de muertes alevosas. Pero para ello ya existe el asesinato y la interpretación que realiza el Tribunal Supremo (TS) del mismo³⁸, que veremos a conti-

vado al joven de 19 años que realiza conjuntamente un delito de hurto con otro menor de 16 años que actúa de forma consciente y voluntariamente, ni tampoco si en este mismo caso es el joven quien induce al menor a cometer el hurto.

³⁵ El instrumento actúa sin posibilidad de imputación personal por su minoría de edad, dice DEL CARPIO DELGADO: “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, cit., pp. 114-115; DEL CARPIO DELGADO: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, cit., p. 211.

³⁶ Cfr. ampliamente LLOBET ANGLÍ, M.: en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Manejo práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, nº 10779, que alude también al intento de burlar la ley por parte de los mayores de edad que encargan la ejecución del delito a los menores que no responden penalmente.

³⁷ Considera SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / MATALLÍN EVANGELIO, Á./ GÓRRIZ ROYO, E., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 445, que es discutible que los términos de comparación sean valorativamente homogéneos, pues no tiene nada que ver en términos de vulnerabilidad la equiparación de un joven de quince años con una persona que sufra una grave discapacidad.

³⁸ GÓMEZ MARTÍN, V. / CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S., *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, comentario al art. 140, nº 2.

nuación. Incluso valorativamente es “muy discutible”³⁹ que la muerte de un menor de dieciséis años sea más grave que la de otras personas. Parece que la vida del menor de dieciséis años tiene mayor valor que la del resto de personas (excluidas las especialmente vulnerables citadas en el precepto). Además, no se entiende que un chico de quince años, que quizás se encuentre físicamente desarrollado como un adulto, sea más vulnerable que cualquier otro adulto y haya que aplicar de manera automática la agravación. A ello, se añade otra paradoja difícilmente salvable. Aplicando la interpretación jurisprudencial de las muertes alevosas, si el sujeto pasivo es un menor de muy corta edad habrá que calificar el hecho como asesinato alevoso del art. 139 n° 1.1 CP con una pena de quince a veinticinco años de prisión. Pero si no concurre ninguna circunstancia del art. 139.1 CP y el sujeto pasivo es menor de dieciséis años, los hechos serán constitutivos de un homicidio agravado castigado con un marco penal de quince a veintidós años y medio de prisión. Como se puede ver, se aproximan mucho las penas del homicidio y del asesinato alevoso, algo que carece de sentido a la vista de la “diferente gravedad de lo injusto”, que no parece respetar los criterios de proporcionalidad y “se aleja de nuestra tradición jurídica”⁴⁰.

Posiblemente el problema más importante sea la *compatibilidad de esta circunstancia con la alevosía*, teniendo en cuenta la doctrina sobre la alevosía cuando se trata de seres indefensos o desvalidos. Respecto del *delito de homicidio*, parece que la circunstancia de ser menor de dieciséis años ha de comprender aquellos supuestos en los que la muerte se produce sin concurrir la alevosía⁴¹. A la vista de que esta cualificación se prevé tanto para el delito de homicidio como pa-

³⁹ Así SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ: “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)”, cit., p. 445.

⁴⁰ En palabras de ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. / VENTURA PÜSCHEL, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículo 138, 139, 140 y 140 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, pp. 313-332 (consultada la versión electrónica). Indican estos autores que “además, se equipara la muerte causada a un niño de dos, cinco o diez años con la causada a uno de quince años, lo que carece de todo sentido valorativo”

⁴¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 57.

ra el de asesinato y de la interpretación del Tribunal Supremo según la cual la causación de la muerte de una persona desvalida es automáticamente alevosa, quedan excluidos los supuestos de alevosía de este tipo cualificado. Será homicidio, por tanto, la muerte de un menor de dieciséis años y esta circunstancia haga innecesario emplear medios o formas alevosas que aseguren la ejecución e impidan la defensa. Por ejemplo, matar a un menor de dieciséis años que pueda defenderse (matarle en el curso de una pelea cara a cara) dará lugar a la aplicación del tipo cualificado del delito de homicidio (art. 138.2.a CP en relación al art. 140.1.1^a CP)⁴². Así, GÓMEZ MARTÍN apunta que pueden imaginarse supuestos en los que no esté presente la situación de indefensión de la víctima necesaria para la alevosía, pero concurra algún elemento del nuevo art. 140.1.1 CP. Por ejemplo, dice, cuando la edad de la víctima menor sea próxima a la barrera de los dieciséis años, el sujeto activo sea mayor de edad penal igualmente por escaso margen y, en consecuencia, la desigualdad constitucional entre uno y otra pueda perfectamente no resultar significativa. Considera que en este supuesto sería aplicable el tipo cualificado, si bien la extraordinaria agravación de la pena prevista tras la reforma carecería de toda justificación material⁴³.

Tratándose del *asesinato*, parece necesario exigir que concurra alguna circunstancia distinta de la alevosía para calificar la muerte del menor de dieciséis años como asesinato cualificado, evitando así el *bis in idem*. Sin embargo, la *jurisprudencia* sigue aplicando su doctrina sobre la alevosía en caso de seres indefensos o desvalidos, cuando la víctima es un niño de muy corta edad o una persona indefensa por enfermedad o discapacidad física o mental. La STS 2351/2022 (nº de resolución 585/2022), de 14 de junio, el Pleno de la Sala de lo Penal señala que no ha variado su postura sobre el concepto de alevosía y su aplicación a los niños de corta edad, pero sí el criterio sobre la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento sobre menor de edad y la “hipercualificación” del artículo 140.1.1 CP, que recoge la pena de prisión permanente revisable. Concluye, por mayoría, que sí es posible compatibilizar la alevosía basada exclusivamente en la edad de

⁴² *Ibidem*, p. 57.

⁴³ GÓMEZ MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., comentario al art. 140, nº 2.

la víctima con la prisión permanente revisable porque no implica una vulneración del principio 'non bis in idem'. Se ha de señalar que existe un voto particular formulado por dos magistrados, al que se adhiere un tercero, que entiende que la aplicación de la alevosía, “circunstancia única que conforma el asesinato y que la sentencia respalda, debió haber impedido la conjunta consideración de la circunstancia prevista en el artículo 140.1.1^a del Código Penal, so pena de incurrir en una prohibida doble valoración peyorativa”.

Por último, en relación con los *delitos contra la libertad sexual*, el delito de prostitución de menores resulta agravado cuando la víctima es menor de dieciséis años (apartados 1 pfo.2, apartado 2 inciso 2^o y apartado 4 inciso 2^o del art. 188 CP), y por ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad (art. 188.3.a) CP)⁴⁴. También en los delitos relativos a la pornografía infantil se agrava la pena cuando la víctima es menor de dieciséis años (art. 189.2.a CP)).

3.3. Protección penal incrementada de los menores de dieciocho años

Posiblemente el límite de edad más utilizado en el CP es el de los *dieciocho años*. En algunos casos el CP se refiere al menor de edad, sin especificar ningún guarismo, mientras que en otros se alude expresamente al menor de 18 años (por ejemplo, en el art. 369.1.4^o CP). La condición de menor de dieciocho años se tiene en cuenta en distintos artículos del CP en los que se prevé su tutela reforzada. Varía la técnica legislativa que se emplea para proteger a los menores de edad. Como se ha mencionado ya, existen *tipos penales específicos* cuyo injusto se fundamenta en el menoscabo de un bien jurídico propio de los menores⁴⁵. En otros casos se recurre a la técnica de los *tipos agravados* en los que el motivo del incremento de la pena reside en el dato de que el sujeto pasivo es menor. Estos últimos son los que interesan en este trabajo.

⁴⁴ Cfr. ampliamente DE LA MATA BARRANCO: “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, cit., p. 9.

⁴⁵ Cfr. sobre esto, BLANCO CORDERO: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, cit., pp. 525-526.

Es complicado encontrar algún *denominador común* en el fundamento de las cualificaciones propias de los tipos agravados. No es excesivamente fructífero este trabajo de búsqueda de puntos comunes y, cuando se hace, se corre el riesgo de incurrir en imprecisiones. Sabiendo esto, podemos decir que en algunos de ellos el especial desvalor reside en la situación de inferioridad en la que se encuentra el menor, en semejanza a lo que hemos visto en límites de edad anteriores. En otros, junto al bien jurídico objeto de ataque, que coincide con el que se produce respecto de los mayores, es posible individualizar una afectación que puede incidir negativamente en la formación y desarrollo personal del menor, en su maduración o socialización (algo que posiblemente también ocurra en los anteriormente mencionados). Incluso algunos tipos agravados persiguen evitar la utilización de los menores de edad para cometer delitos o realizar cualquier otra actividad ilícita.

3.3.1. Tipos cualificados fundamentados en la inferioridad del menor ante el comportamiento del agresor o en la incidencia negativa en su formación o desarrollo

No es fácil clasificar algunos tipos cualificados. Los hemos aglutinado de acuerdo con su fundamento, cuando lo hemos encontrado, que, según algunas opiniones, descansa en la inferioridad del menor ante el comportamiento del agresor o en la incidencia negativa en su formación o desarrollo.

En los delitos de *lesiones*, el art. 149.2 CP, relativo a la mutilación genital femenina, si la víctima es menor (o persona con discapacidad necesitada de especial protección), permite aplicar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. Se atiende así al mejor interés del menor para imponer esta pena adicional⁴⁶.

Asimismo, en el contexto del delito de *lesiones cometidas en el ámbito de la violencia de género o doméstica ocasional*, se contie-

⁴⁶ En paralelo, se prevé específicamente el castigo de la causación de tales lesiones por imprudencia en el art. 152.1 y 2 CP.

nen tipos cualificados en los arts. 153.2, 153.3 CP. El art. 153.2 CP permite al Juez o Tribunal, cuando lo estime adecuado al interés del menor, imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. El art. 153.3 CP contiene un tipo cualificado que obliga a imponer las penas previstas en los apartados 1 y 2 de dicho precepto en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores. De acuerdo con el Tribunal Supremo, en la STS 188/2018 (Pleno), de 18 de abril de 2018, la finalidad de este tipo agravado es “evitar la victimización de los menores que residen en el entorno doméstico, objetivo que tiene un sentido protector de sus personas en el contexto de la fenomenología de la violencia intrafamiliar o doméstica” y, sigue, “la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo”. En estos casos “el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-social y en su salud física y mental”⁴⁷. Su aplicación requiere, por ello, una restricción del círculo de sujetos pasivos, en el sentido de que ha de tratarse de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP, no agravando la pena cuando la conducta se lleve a cabo en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido. Además, a la vista del fundamento de la cualificación, será necesario que el menor se percate o aperciba de la situación de enfrentamiento familiar por cualquiera de los sentidos, sin que sea necesario que la vea de forma directa, sino que puede ser consciente de ella a través de su capacidad auditiva o de otros sentidos.

⁴⁷ En sentido similar, GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Sobre el fundamento de la responsabilidad criminal del menor”, en MUÑOZ CONDE, F. /LORENZO SALGADO, J.M. /FERRÉ OLIVÉ, J.C. /CORTÉS BECHIARELLI, E. /NÚÑEZ PAZ, M.Á., *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 511-529, p. 525, apunta que las agravaciones basadas en que el delito se realiza en presencia de menores se suelen explicar en el “grave impacto, la inseguridad, el temor, la perturbación psicológica que puede provocar en el menor presenciar el maltrato, la amenaza o la coacción”.

En el delito de *tráfico de órganos humanos*, el art. 156 bis n° 4.b) CP agrava la pena cuando la víctima es menor de edad⁴⁸. Asimismo, el art. 156 quinquies CP prevé la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio u otras actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, cuando la víctima sea una persona menor de edad⁴⁹.

De acuerdo con el art. 165 CP, las penas de los delitos de *detención ilegal y de secuestro* se impondrán en su mitad superior, entre otros supuestos, cuando la víctima sea menor de edad. Asimismo, se agrava la pena en art. 166.2.a) CP, relativo al delito de detención ilegal o secuestro con desaparición, cuando la víctima sea menor de edad. No se entiende bien el fundamento de esta agravación. Se aplica de manera automática cuando se aprecia el dato biológico de la minoría de edad (y su conocimiento por el sujeto activo), siendo indiferente cuáles sean las circunstancias. Así, concurre también cuando se trata de la detención ilegal de un menor de diecisiete años con una complejión física fuerte que puede defenderse adecuadamente de todo intento de privación de libertad.

En semejanza a lo que sucede con las lesiones en el marco de la violencia de género y doméstica, los arts. 171.5 pfo. 1°, 171.5 pfo. 2° CP se refieren a las *amenazas* en dicho contexto. Lo mismo ocurre con las *coacciones* en los arts. 172.2 pfo. 2°⁵⁰ y 172 bis 3 CP (en relación con los números 1 y 2)⁵¹. El art. 173.2 pfo. 1 y pfo. 2 CP, entre los *delitos contra la integridad moral*, se refiere al *maltrato habitual*, cuando

⁴⁸ O una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación.

⁴⁹ Por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia o por un tiempo de dos a cinco años cuando no se hubiere impuesto una pena de prisión, en ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en la persona condenada.

⁵⁰ El art. 172.3 pfo. 2° castiga la coacción leve en materia de violencia doméstica que, por remisión al art. 173.2, incluye a los menores de edad.

⁵¹ El art. 172 ter.2 castiga el acoso en materia de violencia doméstica que, por remisión al art. 173.2, incluye a los menores de edad.

la víctima es un menor⁵² y cuando el maltrato habitual se comete en presencia del menor.

En los delitos de *trata de seres humanos* del art. 177 bis CP se tiene en cuenta la condición de menor de edad de la persona objeto de trata. Se dice que las instancias internacionales requieren prestar una mayor atención a aquellas conductas de trata que recaen en menores de edad, por tratarse de ser sujetos especialmente vulnerables⁵³ que corren un mayor riesgo de convertirse en víctimas⁵⁴. El CP recurre a dos mecanismos para proteger más intensamente a los menores de edad. El primero, previsto en el art. 177 bis n° 2 CP señala que las conductas descritas en el n° 1, aun cuando no se recurra a los medios indicados en dicho número, son delictivas si se llevan a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. Por su parte, el art. 177 bis n° 4 pfo. 1° b) CP sí que agrava la pena (pena superior en grado) cuando la víctima de la trata sea un menor de edad. Esta doble valoración de la minoría de edad de la víctima puede dar lugar, evidentemente, a problemas relacionados con el *bis in idem* si la pena se ve incrementada de manera automática. Se han realizado diversas propuestas dirigidas a evitarlo⁵⁵. Por ejemplo, desde una perspectiva restrictiva, se dice que la cualificación se aplicará cuando la edad biológica de la víctima la coloque en una situación de especial vulnerabilidad⁵⁶. Otros autores proponen exigir un plus de la antijuridicidad

⁵² El art. 173.4 pfo. 1° se refiere a la injuria o vejación injusta de carácter leve cuando se trate de alguna de las víctimas del art. 173.2, entre ellas menores de edad.

⁵³ El fundamento de la agravación reside en la especial vulnerabilidad de la víctima cuando esta es menor de edad dice MARTÍN ANCÍN, F.: *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 301.

⁵⁴ Así lo explica DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 253.

⁵⁵ Véase el debate, por ejemplo, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / PÉREZ MACHÍO, A.I. / BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L.: “La trata de seres humanos desde la perspectiva de la víctima menor de edad”, en PÉREZ MACHÍO, A.I. / DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La integración social de la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, pp. 479-506, pp. 496 ss.

⁵⁶ Así VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de trata de personas. Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 819-866, p. 851.

de la conducta para aplicar el tipo agravado, en el sentido de que se utilicen los medios comisivos del n° 1 del art. 177 bis CP, como la violencia, la intimidación, el engaño o el abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, etc.⁵⁷

En cuanto a los *delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, los arts. 197.5 y 197.7 pfo. 3° CP contienen subtipos agravados relativos a los menores de edad. Así, el 197.5 CP agrava la pena de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (pena prevista en su mitad superior) cuando tengan como víctima a un menor de edad. Por su parte, el 197.7 CP relativo a la difusión, revelación o cesión a terceros sin autorización de la persona afectada de imágenes previamente obtenidas con el consentimiento de la víctima en lugar privado, agrava la pena (pena en la mitad superior) cuando la víctima sea menor de edad. En ambos casos se dice que el fundamento de la agravación radica en la mayor vulnerabilidad de la víctima⁵⁸. Sin embargo, es discutible que ello sea siempre así. Por ejemplo, en el delito de descubrimiento y revelación de secretos, difícilmente podrá apreciarse en todos los supuestos la existencia de una situación de vulnerabilidad. No parece posible afirmar que apoderarse de los datos de un menor que consten en ficheros informáticos sin ninguna intervención por su parte se haya cometido siempre en una situación de vulnerabilidad.

El art. 337.2 d) CP, entre los *delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos*, agrava la pena del maltrato animal cuando se lleva a cabo en presencia de menores. Su fundamento podría ser similar al señalado jurisprudencialmente para el art. 153.3 CP, la negativa incidencia del delito en la formación y desarrollo personal del menor.

⁵⁷ Así lo entendió en 2010 TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 222; en el mismo sentido, entre otros, DAUNIS RODRÍGUEZ: *El delito de trata de seres humanos*, cit., p. 253.

⁵⁸ En la especial vulnerabilidad de la víctima, señala MÍNGUEZ ROSIQUE, M.: en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, n° 9955.

Entre los *delitos contra la salud pública* existen determinados tipos agravados cuando los sujetos pasivos son menores de edad. Así, el art. 362 quater 2^a b) CP agrava la pena cuando se facilita sustancias nocivas para la salud, medicamentos etc. a menores de edad. Por su parte, el art. 362 quinquies 2.1^a CP se refiere al dopaje menores edad. Por último, el art. 369.1.4^a CP agrava la pena cuando se facilita drogas a menores de 18 años. En todos ellos se valora la condición del menor, y se agrava la pena posiblemente por razón de su vulnerabilidad o para tutelar reforzadamente su salud garantizando así su desarrollo saludable.

Por último, incluimos aquí el tipo cualificado previsto entre los *delitos contra la Comunidad internacional* del art. 607 bis 2. 9^o pfo. 3^o CP, que agrava la pena de los delitos de lesa humanidad que consistan en someter a la prostitución a menores de edad.

3.3.2. Utilización de menores de edad para cometer delitos o actividades ilícitas

Existen figuras delictivas agravadas en las que el menor no es víctima directa del delito, sino que es objeto de utilización para cometer un delito o para realizar una actividad más o menos lícita (por ejemplo, la mendicidad, que no constituye delito como tal, pero puede estar prohibida a nivel local si se realiza en la vía pública). Salvo error u omisión, son los siguientes.

En los *delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico* de los arts. 271 d) y 276 d) CP, relativos a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, se incrementan las penas cuando se utilice a menores de dieciocho años para cometer tales delitos.

En los *delitos contra la salud pública* el art. 370 pfo. 1^o 1 CP agrava la pena cuando se utilice a menores de dieciocho años (o disminuidos psíquicos dice el precepto) para cometer delitos relativos a las drogas. Existe un Acuerdo no jurisdiccional del pleno de la Sala 2^a del TS de 26 de febrero de 2009, de acuerdo con el cual este tipo agravado se aplica cuando el autor del delito se sirve del menor de edad “de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciéndose de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata”. Señala el Alto Tribunal que, *a sensu contrario*, esto significa que se

excluye la aplicación del tipo agravado cuando los menores “actúan como socios, colaboradores o cooperadores de los autores mayores de edad, en virtud no de relaciones de ascendencia o prevalencia de éstos, sino como consecuencia de un concierto previo o situaciones en pie de igualdad”⁵⁹.

En esta misma línea de utilización del menor de edad en provecho de un grupo se podría incluir lo dispuesto en el art. 577.2 pfo. 3º CP (entre los delitos contra el orden público), que castiga entre los *delitos de terrorismo* (colaboración con las actividades de organización o grupo terrorista) conductas como la captación, adoctrinamiento, adiestramiento idóneas para incorporarse a un grupo u organización terrorista o para cometer delitos de terrorismo, o facilitar adiestramiento o instrucción sobre uso de explosivos, etc. con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para delitos terroristas. El precepto agrava la pena cuando tales actos se dirijan, entre otros, a menores de edad.

Con carácter general, al margen de lo señalado para alguna de las cualificaciones concretas, apunta GONZÁLEZ RUS⁶⁰ que el fundamento de estos tipos agravados reside en la sanción de manera especial de la autoría mediata, en la que el menor es utilizado como instrumento para la ejecución del propósito delictivo del autor. La intención político-criminal a la que responden es la de desvalorar especialmente las conductas que supongan la explotación de menores. Es llamativo, sin embargo, que se limiten los supuestos a aquellos en los que existe autoría mediata, esto es, una instrumentalización del menor de edad⁶¹. La utilización de un menor de 14 años como instrumento se puede basar sin mayores problemas en que se considera que es un sujeto inimputable. Pero no ocurre lo mismo cuando el menor ha superado la edad de 14 años. En este último caso, la intervención del menor de dieciocho años y mayor de catorce años, puesto que es

⁵⁹ STS 296/2016, de 11 de abril de 2016.

⁶⁰ GONZÁLEZ RUS: “Sobre el fundamento de la responsabilidad criminal del menor”, cit., p. 525.

⁶¹ Advierte GARCÍA MOSQUERA, M.: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 32, 2019, p. 58, que esta interpretación restringe considerablemente la aplicación de la agravación.

responsable penalmente de acuerdo con la LORPM, debe estar sujeta a las reglas generales de intervención en el delito⁶². Esto ha motivado que la doctrina discrepe a la hora de determinar el alcance de este tipo agravado. Se puede entender que el verbo utilizar debe ser interpretado de manera estricta, de modo que esta circunstancia solo se aplique, como dice GONZÁLEZ RUS, a supuestos en los que el mayor de edad, como autor mediato, realiza el hecho utilizando al menor como instrumento⁶³. Pero si el fundamento de la mayor pena es la cosificación del menor, esto es, la instrumentalización de los menores de edad, lo coherente sería que se generalizara su aplicación a cualquier delito así ejecutado⁶⁴. Esta falta de coherencia lleva a otro sector a proponer que el fundamento del tipo agravado es la afectación de los intereses del menor, en especial, que su implicación en hechos delictivos puede menoscabar su evolución y desarrollo⁶⁵. Así configurado, parecería que lo adecuado sería diseñar una circunstancia agravante genérica que contemplase el mayor desvalor de resultado⁶⁶, ese menoscabo de intereses propios del menor, que se verían afectados por su implicación en el delito en el que interviene conscientemente⁶⁷. Una agravante así configurada, advierte GARCÍA MOSQUERA, podría vulnerar la prohibición del *ne bis in idem*, puesto que al ser la instrumentalización del menor que materialmente ejecuta el delito la única vía que permite imputarle el hecho a título de autor al sujeto de atrás, enton-

⁶² Así DEL CARPIO DELGADO, J.: “La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8642, de 10 de noviembre de 2015 (consultada la versión electrónica), punto III.8, para la agravación de utilización de menores de 16 años para la comisión del delito de hurto.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Así GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 58.

⁶⁵ Su socialización dice GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 59.

⁶⁶ GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 58, alude al mayor desvalor objetivo del hecho.

⁶⁷ Señala GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 58, que esta circunstancia solo debería ser aplicable en el Derecho penal de adultos, y no debería jugar ningún papel en el Derecho penal de menores.

ces la imposición de un castigo agravado por esa misma circunstancia supondría valorar dos veces el mismo hecho⁶⁸. Por ello, descarta la agravante y propone que se considere la implicación del menor en la comisión de hechos delictivos como indicador de riesgo, a los efectos de adopción de las correspondientes medidas de protección⁶⁹.

3.3.3. Especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la (menor) edad

Junto a los tipos agravados que toman como base la menor edad (o de determinada edad), existen también tipos que incrementan la pena cuando el sujeto pasivo es una persona especialmente vulnerable por razón de la edad⁷⁰, lo que incluye también la menor edad. En estos casos el elemento central no es tanto la edad, cuanto la vulnerabilidad del menor, que ha de quedar acreditada. El concepto de vulnerabilidad no está definido en el CP, con la excepción de lo que señala el art. 177 bis. 1 CP para el delito de trata de seres humanos, previsto para un contexto muy específico que no puede ser generalizado⁷¹. La vulnerabilidad es un concepto complejo⁷², que intuitivamente puede parecer claro, pero que no permite identificar con precisión a qué se hace referencia en las distintas figuras delictivas en las que se prevé.

⁶⁸ GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 59.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 60.

⁷⁰ Se muestra crítico con la referencia a la vulnerabilidad, de la que no existe definición en el CP (salvo en el delito de trata de seres humanos), DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *Revista penal*, núm. 50, 2022 (Ejemplar dedicado a: Especial XXV Aniversario), pp. 64-90, pp. 82 y 86.

⁷¹ Como señala DE LA MATA BARRANCO: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *cit.*, pp. 82 y 86, esta definición se aplica a una situación muy concreta no extrapolable a otros delitos.

⁷² Ampliamente sobre el concepto de vulnerabilidad SUÁREZ LLANOS, L.: “Educar contra la vulnerabilidad, discriminación y violencia en la niñez y adolescencia”, en GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 71-96.

Así, en los delitos contra la vida, las penas previstas para los delitos de *homicidio y asesinato* aumentan, como se ha señalado, cuando “la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad” (arts. 138.2.a y 140.1.1º CP). Difícilmente será de aplicación el tipo cualificado de especial vulnerabilidad cuando se trate de víctimas menores de dieciséis años, pues serán reconducibles de manera inmediata a la agravación de ser menor de dieciséis⁷³. Quedaría la franja de edad entre dieciséis y dieciocho, que no es fácil reconducir a los casos de vulnerabilidad de manera automática⁷⁴.

Otros *preceptos* que se refieren a la especial vulnerabilidad por razón de la edad para agravar la pena son el art. 156 bis 4 b) CP, relativa al tráfico de órganos humanos, el art. 172 ter 1 CP, relativo al acoso, el art. 177 bis 4 b) CP, sobre la trata de seres humanos. En el ámbito de los *delitos contra la libertad sexual*, las agresiones sexuales se agravan por ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, entre otras circunstancias (art. 180.1.3ª CP), con la salvedad de lo dispuesto en el art. 181 CP (agresiones a menores de dieciséis años). Las agresiones sexuales a menores de dieciséis años se agravan cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años (art. 181.4.c) CP). El delito de acoso sexual resulta agravado cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad (art. 184.4 CP). En los tipos agravados del delito de prostitución de menores se agrava la pena cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad (art. 188.3.a CP))⁷⁵.

⁷³ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA: en *Derecho Penal Español Parte Especial I*, cit., p. 226, se refiere a que la situación de especial vulnerabilidad provoque, per se, una debilidad significativa del bien jurídico tutelado.

⁷⁴ Por su parte, MOYA GUILLEM / DURÁN SILVA: “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, cit., p. 431, señalan que aún puedan valorarse como vulnerabilidad los supuestos del menor de edad cuando tenga entre dieciséis y dieciocho años.

⁷⁵ Sobre los delitos sexuales y la menor edad cfr. DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*,

Asimismo, se agrava la pena en los delitos relativos a la pornografía infantil cuando se utilice a personas menores de edad que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia (art. 189.2.c) CP)⁷⁶.

El debate sobre el *fundamento* de la agravación de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad⁷⁷ se muestra de manera clara en el ámbito de los *delitos sexuales*. La doctrina parece decantarse ampliamente por afirmar que este reside en el mayor contenido de injusto de los hechos,⁷⁸ que es consecuencia de la superior vulnerabilidad de las víctimas y, en particular, de la inferior posibilidad de defensa que tienen los menores (y los especialmente vulnerables por razón de la menor edad)⁷⁹. También el TS parece transitar por el mismo camino. La STS 709/2020, de 18 de diciembre, señala que el fundamento de dicha agravación reside en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual. Por su parte, la STS 709/2005, de 7 de junio, advierte que “la especial vulnerabilidad se debe apreciar cuando la situación en la que se produce la agresión

2019, núm. 21-20, pp. 1-70; véase también el trabajo DE LA MATA BARRANCO, N.J. / HERNÁNDEZ DÍAZ, L.: “Tratamiento de la edad de los menores víctimas de delitos de naturaleza sexual en el Código Penal”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / PÉREZ MACHÍO, A.I., *Una política victimal comprometida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 143-166.

⁷⁶ Modificado por la disposición final 6.22 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

⁷⁷ Un amplio estudio jurisprudencial realiza BRIZUELA GONZALEZ, F.: *Estudio del concepto y contenido de la vulnerabilidad en la jurisprudencia Análisis de las sentencias de las Audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superior de Justicia, el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Observatori Català de la Justícia en Violència Masclista, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia, 2020.

⁷⁸ GARCÍA RIVAS, N. / TARANCÓN GÓMEZ, P.: en *Derecho Penal Español Parte Especial I*, director: F. Javier Álvarez García, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1145, explican que la agravación por la especial vulnerabilidad se basa en un aumento de la antijuridicidad de la acción.

⁷⁹ Así, por ejemplo, DÍAZ MORGADO, C.: en CORCOY BIDASOLO, M., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 279, señala que el fundamento de esta agravación radica en la situación de inferioridad en que se encuentra la víctima, lo que favorece, en principio, la ejecución del hecho al contar el sujeto pasivo con menores posibilidades de defenderse. Por su parte, MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 245, apunta a la “la particular indefensión que se deriva de estas situaciones”.

hace prácticamente imposible la defensa de la víctima”. En esta misma línea, las SSTs 131/2007, de 16 de febrero y 203/2013, de 7 de marzo, abundan en que “el concepto de ‘vulnerabilidad’ equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor”. Es muy ilustrativa la STS 695/2005, de 1 de junio, que apunta que “(...) es preciso acreditar la existencia de una vulnerabilidad que bien anclada en la edad (...) o en la enfermedad, o en la cláusula excesivamente abierta que supone la ‘situación’, patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima, en definitiva esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual”. Da un matiz adicional la STS 1113/2009, de 10 de noviembre, poniendo el acento no solo en la indefensión, sino también en aspectos relativos a la culpabilidad del infractor, cuando señala que “la ratio de este precepto legal consiste, pues, en la mayor facilitación de la comisión delictiva, sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, a causa de su edad, enfermedad o situación, (...), y también radica en la mayor perversidad criminal del autor consecuencia de la desprotección de la víctima, por cualquiera de tales circunstancias”.

IV. CONCLUSIONES

4.1. Incoherencias de los tipos agravados cuando el sujeto pasivo es un menor

La tutela penal reforzada de los menores de edad *no tiene un diseño coherente* en el CP, sino que obedece a criterios no claros, en ocasiones arbitrarios e incluso contradictorios⁸⁰. No es fácil concre-

⁸⁰ A esta conclusión llegamos también en nuestro trabajo BLANCO CORDERO: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, cit., p. 535.

tar las condiciones especiales o circunstancias que justifican un trato penal diferenciado consistente en castigar de forma más dura la conducta delictiva que recae sobre un menor que la que recae sobre un mayor de edad. Cualquier esfuerzo en ese sentido no dará frutos satisfactorios al no estar claro el fundamento de muchos de los tipos cualificados. Si la hipótesis es que existe una mayor indefensión del menor frente al infractor, esto no se constata en todos los supuestos en los que se agrava la pena. La incoherencia se manifiesta en distintas vertientes de las cualificaciones.

- La falta de coherencia se observa en cuanto a los *delitos* que resultan expresamente agravados en atención a la minoría de edad. Llama la atención lo arbitrario⁸¹ de la decisión legislativa de cualificar la responsabilidad penal en unos delitos y no en otros. Es cierto, con todo, que las últimas reformas penales parecen querer atenuar esta situación. Por ejemplo, tradicionalmente se ha agravado la pena de determinados delitos contra las personas, como las lesiones, las detenciones ilegales, la trata de seres humanos, las agresiones sexuales, los delitos contra la libertad sexual, contra la intimidad... Hasta la reforma de 2015 era llamativo que no se agravara la pena de otros delitos muy graves contra menores, como el homicidio o el asesinato. Esta reforma cambia la situación e introduce el tipo cualificado de estos delitos antes explicado. Pese a ello, sorprende que otros delitos contra las personas no vean agravada la pena en atención a la minoría de edad, cuando el ataque contra el menor puede ser más grave en función de las circunstancias⁸². Por ejemplo, no se entiende bien que se agrave la pena de las lesiones o las detenciones ilegales, pero no de los delitos de aborto cuando la víctima es una menor embarazada. O, en esta línea, que no se considere de gravedad la práctica de reproducción asistida en una menor sin su consentimiento (entre los delitos relativos a la manipulación genética). O la razón por la que no se cualifica la pena de las torturas u otros delitos contra la integridad moral (distintos del maltrato habitual) cuando la víctima es menor. Siguiendo con este razonamiento, habría que agravar también la pena de las amenazas o coacciones genéricas (no solo en supuestos de

⁸¹ Como advierte GONZÁLEZ RUS: “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias, cit., p. 128.

⁸² Acertadamente GONZÁLEZ RUS: *ibídem*, p. 129.

violencia familiar), o de los delitos contra el honor, por ejemplo, una calumnia en la que se imputa falsamente a un menor la comisión de un delito. En los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, ¿no es más vulnerable un menor ante un delito de robo con violencia o intimidación? O en el caso de la estafa, el menor será normalmente más vulnerable ante los engaños⁸³. Algo similar ocurre en delitos contra el mercado y los consumidores, que también pueden serlo los menores, por ejemplo, en el caso de la publicidad engañosa, etc. Un repaso al Código penal permite observar agravios comparativos similares en los que no se comprenden los motivos por los que se ha decidido que es más grave en unos delitos que en otros que la víctima sea un menor⁸⁴.

- Las incoherencias se observan también en la *determinación de las edades* en los tipos agravados⁸⁵. En algunos delitos se agrava la pena cuando los hechos recaen sobre un menor de dieciocho años, en otros sobre un menor de dieciséis años (dejando fuera de la protección a los que tienen entre dieciséis y dieciocho), en otros sobre un menor de catorce años (e incluso de cuatro años) y, finalmente en otros, se alude a personas especialmente vulnerables por razón de su edad, lo que comprende a los menores. No es sencillo, sin embargo, responder a la pregunta de por qué en unos casos se otorga mayor protección a los menores de dieciocho años, a los menores de dieciséis en otros, a los de catorce en otros, etc. Es ciertamente difícil explicar que el límite de edad en las lesiones sea de catorce años por razón de su indefensión, pero superada esa edad desaparezca dicha indefensión, que sí existe, sin embargo, si se trata de un homicidio o de un asesinato, en los que la edad se amplía hasta los dieciséis años. Tampoco se revela claramente qué fundamenta que en las detenciones ilegales o en el tráfico

⁸³ Sobre estas críticas cfr. GONZÁLEZ RUS: *ibidem*.

⁸⁴ Apunta también esto GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 55.

⁸⁵ También se refiere a la falta de coherencia y arbitrariedades GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley orgánica de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General de Derecho penal*, n° 20/2013 (consultada la versión electrónica).

de drogas la agravación tenga en cuenta la edad de dieciocho años, en el homicidio la de dieciséis y en las lesiones solo la de catorce.

La incoherencia también se observa en las cualificaciones motivadas en el dato de que el delito se cometa *en presencia de menores*. No se entiende que se incremente la pena a quien maltrata o amenaza a otra persona en el ámbito doméstico en presencia de menores, y no se agrave cuando se cometa un asesinato o una violación en presencia de menores. Por ejemplo, el homicidio o asesinato de una mujer a manos de su pareja varón llevará aparejado el mismo marco penal con independencia de la presencia o no de los hijos menores⁸⁶. Y el absurdo que supone que se agrave la pena cuando el menor presencia el delito, pero no cuando es el sujeto pasivo del mismo⁸⁷.

Algo parecido se puede decir de los tipos agravados por razón de la *utilización de menores* para cometer el delito. No se comprende por qué merecen ser agravados los delitos contra la propiedad intelectual e industrial cuando se utiliza un menor para su comisión y no, por ejemplo, para la realización de una estafa⁸⁸.

Se han articulado diversas propuestas para solucionar esta divergencia de edades. *Tamarit Sumalla* propuso que la diversidad de límites de edades debería reconducirse a dos momentos principales: los doce años, como edad ligada a la llegada de la pubertad y que permite separar la infancia de la adolescencia; y los dieciocho, momento en el que se alcanza la mayoría de edad a todos los efectos (penal, civil y político) y la asunción de una plena responsabilidad personal y ante

⁸⁶ Ejemplo de GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, pp. 59-60. Observa que cabe la posibilidad de hacer responder al sujeto, si fuera el caso, por un delito de lesiones psíquicas a los menores. Con todo, entiende que, incluso aunque no resultase acreditado un resultado de lesión, no sería irrazonable que el CP castigase expresamente con carácter general la conducta de hacer presenciar a un menor de edad hechos particularmente violentos contra las personas.

⁸⁷ Paradoja advertida por GONZÁLEZ RUS: “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias”, *cit.*, p. 129.

⁸⁸ Cfr. GONZÁLEZ RUS: *ibídem*.

la sociedad⁸⁹. Por su parte, GONZÁLEZ RUS considera que, si no se opta por introducir una circunstancia genérica relativa al menor de edad (véase más adelante), sería conveniente plantearse los 14 años⁹⁰ como la edad por debajo de la cual concurren en los niños vulnerabilidades o debilidades semejantes a las que se encuentran detrás de los tipos cualificados dirigidos a la tutela particularizada de los menores. Este límite de edad debería generalizarse para todos los delitos que prevén la protección de los menores, mediante la previsión de los correspondientes tipos agravados.

- Por último, las incoherencias de los tipos agravados alcanzan también a las *penas*. No están claros los motivos por los que en unos casos se impone la pena prevista en el tipo básico en su mitad superior, en otros la superior en grado, en otros una pena distinta e incluso en otros se añade una pena adicional⁹¹.

4.2. *¿Es necesario introducir una agravante genérica de minoría de edad?*

Conviene plantearse si realmente existen *motivos* que justifiquen el trato penal diferenciado para la misma conducta, más grave cuando se dirige contra un menor que contra un mayor de edad. Para ello será

⁸⁹ Así TAMARIT SUMALLA: “La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal”, *cit.*, p. 501. Al límite máximo de los doce años del sujeto pasivo debieran llevarse todas las figuras delictivas que se fundamentan en la absoluta falta de autonomía y capacidad personal para decidir (por ejemplo, la edad para el consentimiento sexual, etc.) Los dieciocho años son el límite máximo adecuado para las figuras basadas en un proceso de limitación del consentimiento o simplemente en la necesidad de protección del menor de edad por falta de madurez y desarrollo de su personalidad.

⁹⁰ Edad que fija la LORPM como límite por debajo del cual no es posible exigir responsabilidad criminal del menor. En el mismo sentido que el autor citado, PÉREZ MACHÍO / DE LA CUESTA ARZAMENDI: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, *cit.*, p. 64, con base en los paradigmas de la victimología evolutiva, proponen la edad de 14 años, coincidente con la prevista en la LORPM, como el umbral superior de la edad que requiere una tutela penal reforzada.

⁹¹ Sobre esta cuestión véase nuestro trabajo BLANCO CORDERO: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, *cit.*, pp. 537 ss.

imprescindible determinar qué circunstancias, condiciones o efectos justifican la diferencia de trato, bien porque suponen un mayor contenido de injusto o, en función de determinadas opiniones, un mayor reproche de culpabilidad⁹².

Se manejan distintos *fundamentos* de los tipos cualificados por menor edad⁹³. Un importante sector doctrinal afirma que la *ratio* de la tutela reforzada de los menores de edad radica en el *mayor contenido de injusto* que supone un delito contra ellos. Para unos, es el mayor *desvalor de acción* de estas conductas delictivas por razón de la menor posibilidad de defensa de las víctimas⁹⁴. ALONSO ÁLAMO pone el acento en el *desvalor de resultado*, pues, además del bien jurídico menoscabado, existe una necesidad de proteger adicionalmente el interés a la igualdad real de las personas que se hallan en situación de desventaja, en este caso los menores de edad, si bien no olvida que se tiene en cuenta el mayor desvalor de la acción que recae sobre víctimas que tienen o pueden tener debilitada o, en su caso, excluida la capacidad de defensa⁹⁵.

Merece atención diferenciada la opinión de GONZÁLEZ RUS, que apunta que los fundamentos de los subtipos agravados se corresponden con los criterios sustanciales en los que se basa la limitación de la responsabilidad penal de los menores⁹⁶. El trato especial que reciben

⁹² Recordemos que la STS 1113/2009, de 10 de noviembre, apunta como fundamento no solo la menor defensa del menor, sino también señala "la mayor perversidad criminal del autor consecuencia de la desprotección de la víctima".

⁹³ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, cit., p. 9.

⁹⁴ Cfr., por ejemplo, PÉREZ MACHÍO, A.I. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos", en PÉREZ MACHÍO, A.I. / DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La integración social de/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, 2020, pp. 25-68, p. 47, indican que el incremento de la respuesta punitiva se basa en el mayor desvalor que genera la situación de indefensión de la víctima; MOYA GUILLEM / DURÁN SILVA: "La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021", cit., p. 416.

⁹⁵ Así, ALONSO ÁLAMO, M.: "La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015", *Cuadernos de Política Criminal*, n° 117, 2015, pp. 5-50, pp. 18-19.

⁹⁶ GONZÁLEZ RUS: "El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias, cit., pp. 130-131.

los menores en tales subtipos parece suponer un reconocimiento, posiblemente implícito, de la inferioridad, debilidad o incapacidad que genera la edad en relación con ciertos bienes jurídicos o con determinados contextos o conductas. Se trata normalmente de situaciones en las que el menor se encuentra en una posición de inferioridad frente al autor, que suele ser un adulto que se aprovecha de su superioridad para cometer el delito. Esta superioridad tiene su origen en diversas circunstancias que afectan al menor, consecuencia de su menor capacidad para valorar el comportamiento delictivo del que está siendo objeto, o de decidir la respuesta al mismo⁹⁷. En unas ocasiones, es su menor posibilidad de defensa lo que fundamenta la vulnerabilidad e inferioridad. En otras es la menor posibilidad de advertir el delito y evitarlo. Pues bien, sostiene GONZÁLEZ RUS que este tipo de argumentos (la mayor vulnerabilidad del menor ante el comportamiento del que es víctima, su especial inferioridad e indefensión frente al autor, el reconocimiento de una menor capacidad para valorar y decidir la naturaleza y respuesta al ataque) se acercan mucho a aquellos que fundamentan la limitación de la responsabilidad penal del menor como autor de un delito. En especial, su inferior capacidad para valorar debidamente la significación y circunstancias de su conducta delictiva, lo que implica una menor capacidad entender la ilicitud de su hecho y de control de su propio comportamiento⁹⁸.

Precisamente GONZÁLEZ RUS propone la creación de una *circunstancia general agravatoria* de aplicación en principio a todos los delitos, cuando el sujeto pasivo tenga una edad inferior a la cronológica de dieciocho años. Se trata de una propuesta interesante por diversos motivos.

- Permitiría armonizar la edad en dieciocho años y homogeneizar los subtipos agravados basados en la menor edad.
- Fomentaría la economía legislativa, suprimiendo muchos de los tipos agravados presentes en la normativa actual. Sin embargo, otros posiblemente subsistirían, por ejemplo, algunos supuestos

⁹⁷ Así GONZÁLEZ RUS: *ibídem*, p. 128.

⁹⁸ Esto supone que se reconocen efectos generales a las carencias del menor cuando este es autor de un delito, mientras que cuando es víctima tienen un reconocimiento parcial, afirma GONZÁLEZ RUS: *ibídem*, p. 131.

de ataques de naturaleza sexual contra menores, o aquellos basados en la utilización de un menor para cometer delitos (estos de naturaleza discutida). En cualquier caso, no serían demasiados.

- Asimismo, al tratarse de una agravante genérica se ofrecería un tratamiento penológico coherente, debiendo imponer la pena del tipo básico en su mitad superior. Es cierto, con todo, que esto no permitiría tener en cuenta los matices que presenta la *diversidad de penas existentes* hoy día en los tipos agravados⁹⁹. En efecto, la pena del tipo básico en su mitad superior contrasta con la regulación actual de los tipos cualificados que permite imponer penas superiores en grado e incluso penas específicas más graves que las propias del tipo básico. Esta situación podría solucionarse, cuando existan motivos fundamentados que así lo justifiquen, incluyendo una norma penológica que permitiera incrementar la pena al estilo de lo que ocurre con la multirreincidencia del art. 66.1.5 CP.

Ahora bien, si se opta por incorporar una agravante genérica como la propuesta, es imprescindible explicar con claridad su *ratio*, cosa harto difícil y que, si no se hace adecuadamente, motivará que la idea se vaya al traste. La circunstancia propuesta por GONZÁLEZ RUS solo se sería de aplicación cuando las características del menor hubieran tenido “real y concreta incidencia en la comisión delictiva”. Esta incidencia real y concreta, prosigue, tiene lugar básicamente cuando las particulares condiciones del menor sean determinantes de una mayor gravedad del desvalor de acción o del desvalor de resultado, si se ha visto menoscabada de manera efectiva la seguridad del menor como consecuencia del delito, o cuando se hayan utilizado y aprovechado de manera efectiva las condiciones del menor para facilitar la comisión del delito¹⁰⁰. Esta circunstancia propuesta se fundamenta, de manera alternativa, en el mayor desvalor de la acción o del resultado.

⁹⁹ También apunta este problema GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 39.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ RUS: “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias, *cit.*, p. 131.

Si se pone el acento en la mayor gravedad del *desvalor de acción*, las características de la víctima menor fundamentarán que el ataque a su bien jurídico sea más grave al encontrarse debilitada su defensa. Esta *ratio* generará fricciones con alguna otra agravante genérica, especialmente con el *abuso de superioridad* del art. 22.2 CP. En realidad, aquellos supuestos basados en la inferioridad del menor frente al delito o al agresor resultarán ya abarcados por tal circunstancia genérica. Una circunstancia agravante genérica así fundamentada carece de sentido desde la óptica de una adecuada política legislativa¹⁰¹. Existe la opción de considerar que la *ratio* no reside en la inferioridad del menor, sino en su situación de *indefensión* frente al ataque (desvalimiento), con la que se encuentra el autor, pero que no busca, lo que impediría (a nuestro juicio, y a pesar de la jurisprudencia) apreciar la alevosía. Esta opción, sin embargo, requeriría configurar una agra-

¹⁰¹ Salvo que se entienda, como hacen algunos, que la especial vulnerabilidad a causa de la menor edad constituye un supuesto que no coincide con el abuso de superioridad, sino que es algo más que este, pero menos que la alevosía. Así, por ejemplo, en relación con la especial vulnerabilidad de la víctima prevista para los delitos de homicidio y sus formas, advierte ESQUINAS VALVERDE, P.: “Homicidio doloso y asesinado tras la reforma del CP por LO 1/2015: interpretación a la luz de la jurisprudencia más reciente”, en MORENO-TORRES HERRERA, M.R. / ESQUINAS VALVERDE P. / MORALES HERNÁNDEZ, M.Á. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *El derecho penal en el siglo XXI: Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 443-475, p. 449, que “dicha especial vulnerabilidad prevista en el art. 140.1.1ª CP ha de significar más que una simple desproporción de fuerzas entre el sujeto activo y el pasivo pero menos que una completa indefensión de este último debido a su estado previo a la agresión”. En esta misma línea, apunta CARBONELL MATEU, J.C.: en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª Edición, Tirant lo Blanch, 2021, 2022, p. 59, que la especial vulnerabilidad de la víctima prevista para el homicidio y sus formas se aplica “cuando, pese a la edad o vulnerabilidad de la víctima, ésta no se encuentra totalmente indefensa: es algo más que el abuso de superioridad y algo menos que la alevosía”. En este caso la agravante basada en el desvalor de acción no se solaparía con el abuso de superioridad, al ser más, ni con la alevosía, al ser menos. Interesante postura, pero no creo que esos espacios intermedios entre abuso de superioridad y alevosía se puedan reconducir a una agravante distinta, que es la de especial vulnerabilidad. O la víctima está en situación de inferioridad, en cuyo caso si la desproporción de fuerzas es conocida y utilizada por el autor dará lugar al abuso de superioridad, o se encuentra indefensa, en cuyo caso, si se cumplen con los requisitos del art. 22.1 CP, será de aplicación la alevosía.

vante genérica en la que el límite de edad debería ser tal que permitiera presumir la indefensión del menor en todo caso, que no podría ser la de dieciocho años. Una agravante genérica así configurada no sería de gran utilidad, si lo que pretendemos es ofrecer un tratamiento agravado unitario de la menor edad en el CP, pues se mantendría la dispersión de tipos cualificados por razón de la edad en la parte especial.

Pero si lo que prevalece es una mayor gravedad del *desvalor de resultado*, esto es, que el daño (o puesta en peligro) del bien jurídico se incrementa cuando se ataca a un menor, convendría argumentarlo de manera adecuada. La idea de la mayor gravedad del desvalor del resultado parece inspirar las opiniones contradas en que se produce la afectación de la formación, desarrollo o proceso de socialización del menor. Por su parte, GONZÁLEZ RUS alude al menoscabo de manera efectiva de la seguridad del menor como consecuencia del delito. ALONSO ÁLAMO pone el acento en el desvalor de resultado (si bien también alude al desvalor de la acción), porque existe una necesidad de proteger el interés a la igualdad real de las personas que se hallan en situación de desventaja, en este caso los menores de edad¹⁰². Configurar una agravación cuyo fundamento resida en el mayor desvalor del resultado la acercaría a la propuesta de DOLZ LAGO, en el sentido de considerar la infancia como bien jurídico penal autónomo de carácter colectivo, que encontraría su fundamento en el art. 39.4 CE y en la protección de la infancia establecida en los Tratados Internacionales¹⁰³. La creación de una nueva agravante tendría sentido exclusivamente si se considera como opción político criminal válida la sanción con más pena de los ataques a los menores, no tanto por su situación de inferioridad (vulnerabilidad), cuanto por la afectación de otros bienes jurídicos que se conectan directamente con la condición de menor del sujeto pasivo y que puedan afectar, por

¹⁰² Así, ALONSO ÁLAMO: “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, *cit.*, pp. 18-19.

¹⁰³ DOLZ LAGO, M.-J.: “La infancia como bien jurídico colectivo protegido penalmente”, *Diario La Ley*, núm. 9188, de 2 de mayo 2018 (consultada la versión electrónica). Crítico con admitir la minoría de edad como un bien jurídico protegido, TAMARIT SUMALLA: “La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal”, *cit.*, p. 489, por tratarse de un concepto “excesivamente vago y espiritualizado” de bien jurídico.

ejemplo, al desarrollo de su personalidad y a su proceso madurativo (o a la infancia, como propone DOLZ LAGO). Al ponerse el acento en el mayor desvalor del resultado será necesario, en todo caso, acreditar un menoscabo efectivo de bienes jurídicos propios del menor. Es cierto que en algunos supuestos va a ser complicado diferenciar este menoscabo de intereses propios del menor, muchos de ellos de naturaleza psicológica, de otro tipo de afectaciones a su salud psíquica, posiblemente reconducibles a los delitos de lesiones. Asimismo, será una agravante compatible con el abuso de superioridad, pues la *ratio* no reside en el desequilibrio de fuerzas entre atacante y víctima. Este enfoque, sin embargo, va a dejar intactos muchos de los tipos agravados de la parte especial fundamentados en la inferioridad del menor frente al ataque del autor.

Una eventual solución sería que el fundamento fuera mixto, basado *cumulativamente* en un *mayor desvalor de acción y de resultado*. La pena incrementada encontraría su razón de ser en la situación de inferioridad del menor y en la afectación de bienes jurídicos antes mencionados, como el desarrollo de su personalidad o la normalidad de su proceso de maduración. Aspectos todos ellos que deberían quedar acreditados para poder aumentar la pena. Solo si se tratara de un menor de edad en situación de inferioridad y a quien se produjera una afectación relevante de su evolución se podría hablar de la efectiva concurrencia de la agravante genérica. Su apreciación sería, en este caso sí, incompatible con la circunstancia de abuso de superioridad (y con la alevosía), al tenerse en cuenta la superioridad del sujeto activo y la disminución conocida de las facultades de defensa.

Posiblemente sea *precipitado* crear una circunstancia agravante genérica de menor edad como la explicada sin una adecuada reflexión previa. Se debe realizar una cuidadosa valoración de la situación normativa actual, del objetivo que se persigue con la agravante y del resultado de su efectiva incorporación al CP. Pienso que, en primer lugar, se ha de analizar si la normativa actual no pierde contenido si se eliminan los tipos cualificados fundamentados en la inferioridad o indefensión del menor, remitiendo su tratamiento a la circunstancia agravante genérica del abuso de superioridad u otra que valore circunstancias similares, como la alevosía en casos de indefensión, o el aprovechamiento de otras circunstancias. En segundo lugar, suprimidas estas cualificaciones, procede examinar si tiene sentido mantener

el resto que se fundamentan en otros motivos, como sus intereses evolutivos, formativos, etc. Si todas ellas son reconducibles a un mismo fundamento, razones de economía legislativa aconsejan la creación de una circunstancia agravante genérica. En caso contrario, habrá que mantener las cualificaciones en la parte especial.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, M.: “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117, 2015, pp. 5-50.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / VENTURA PÜSCHEL, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículo 138, 139, 140 y 140 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, pp. 313-332 (consultada la versión electrónica).
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *Derecho Penal Español Parte Especial I*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BLANCO CORDERO, I.: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, en PÉREZ MACHÍO, A. I. (dir.) / DE LA MATA BARRANCO, N. J. (dir.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, 2020, pp. 507-545.
- BRIZUELA GONZALEZ, F.: *Estudio del concepto y contenido de la vulnerabilidad en la jurisprudencia Análisis de las sentencias de las Audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superior de Justicia, el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Observatori Català de la Justícia en Violència Masclista, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia, 2020
- CANCIO MELIÁ, M.: *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, Molina Fernández, Fernando (coord.).
- CARBONELL MATEU, J. C.: en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.) *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª Edición, Tirant lo Blanch, 2021.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, núm. 21-20, pp. 1-70.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. / PÉREZ MACHÍO, A. I. / BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L.: “La trata de seres humanos desde la perspectiva de la víctima menor de edad”, en PÉREZ MACHÍO, A. I. (dir.), DE LA MATA BARRANCO, N. J., (dir.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, pp. 479-506.

- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *Revista penal*, núm. 50, 2022 (Ejemplar dedicado a: Especial XXV Aniversario), pp. 64-90.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. / HERNÁNDEZ DÍAZ, L.: “Tratamiento de la edad de los menores víctimas de delitos de naturaleza sexual en el Código Penal”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir./) PÉREZ MACHÍO, A. I. (dir.), *Una política victimal comprometida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 143-166.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DEL CARPIO DELGADO, J.: “La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8642, de 10 de noviembre de 2015 (consultada la versión electrónica).
- DEL CARPIO DELGADO, J.: “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2, 2013, pp. 83-137.
- DEL CARPIO DELGADO, J.: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, en DEL CARPIO DELGADO, Juana (coord.), *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*, 2018, pp. 187-220.
- DÍAZ MORGADO, C.: en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DOLZ LAGO, M.-J.: “La infancia como bien jurídico colectivo protegido penalmente”, *Diario La Ley*, núm. 9188, de 2 de mayo 2018 (consultada la versión electrónica).
- ESQUINAS VALVERDE, P.: “Homicidio doloso y asesinado tras la reforma del CP por LO 1/2015: interpretación a la luz de la jurisprudencia más reciente”, en MORENO-TORRES, M. / HERRERA, R. / ESQUINAS VALVERDE, P. / MORALES HERNÁNDEZ, M. Á. (coords.); MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (dir.), *El derecho penal en el siglo XXI: Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 443-475.
- FARALDO CABANA, P.: “Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010”, *La Ley Penal*, núm. 81, 2011 (consultada la versión electrónica).
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “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 del uso (y/o abuso) de la técnica de leyes integrales”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 134, 2021, pp. 5-46.

- GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley orgánica de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General de Derecho penal*, nº 20/2013 (consultada la versión electrónica).
- GARCÍA ARÁN, M.: “La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 110, núm. 4, 2011 (Ejemplar dedicado a: La Reforma del Codi Penal), pp. 1001-1015.
- GARCÍA MOSQUERA, M.: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 32, 2019.
- GARCÍA RIVAS, N. / TARANCÓN GÓMEZ, P.: en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), *Derecho Penal Español Parte Especial I*, , 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, comentario al art. 140.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias”, en MORILLAS CUEVAS (Dir.) / SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 103-140.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Sobre el fundamento de la responsabilidad criminal del menor”, en MUÑOZ CONDE, F./LORENZO SALGADO, J. M. / FERRÉ OLIVÉ, J. C. /CORTÉS BECHIARELLI, E. /NÚÑEZ PAZ, M. Á. (Dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 511-529.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- LLOBET ANGLÍ, M.: *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, Molina Fernández, Fernando (coord.).
- MARTÍN ANCÍN, F.: *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MARTINEZ GARCIA, Á. S.: “Artículo 148”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Vol. 2, 2015 (Los delitos contra las personas, artículos 138-233).

- MÍNGUEZ ROSIQUE, M.: *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, Molina Fernández, Fernando (coord.).
- MOYA GUILLEM, C. / DURÁN SILVA, C.: “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* 1.2022, pp. 414-451.
- PÉREZ MACHÍO, A. I. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, en PÉREZ MACHÍO, A. I. (dir.), DE LA MATA BARRANCO, N. J., (dir.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, 2020, pp. 25-68.
- PÉREZ MACHÍO, A. I.: “La protección penal del/de la menor víctima de delitos. Hacia un derecho penal basado en el paradigma de la victimología evolutiva y la vulnerabilidad del/la menor de edad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 25 (Tercera época), 2021, pp. 263-304.
- SUÁREZ LLANOS, L.: “Educar contra la vulnerabilidad, discriminación y violencia en la niñez y adolescencia”, en GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 71-96.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.) / MATALLÍN EVANGELIO Á. (coord.), GÓRRIZ ROYO E. (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.: “La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 39, Fasc/Mes 2, 1986, pp. 487-510.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, en ÁLVAREZ GARCÍA F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de trata de personas. Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 819-866.