



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES QUE LA LEY
ORGÁNICA 8/21, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA
INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA
VIOLENCIA, PRODUCE EN EL CÓDIGO PENAL**

Autor: Leticia Sánchez Valiente

4ºE5-FIPE

Derecho Penal

Tutor: Alberto Rodríguez-Mourullo Otero

Madrid

Abril 2024

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO	8
CAPÍTULO I. LEY ORGÁNICA 8/21: ASPECTOS GENERALES.....	10
1. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY ORGÁNICA.....	10
1.1 Título Preliminar: Definiciones y Principios Generales.....	10
1.2 Título I: Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.....	10
1.3 Título II: Deber de Comunicación de Situaciones de Violencia.....	10
1.4 Título III: Sensibilización, Prevención y Detección Precoz.....	11
1.5 Título IV: Actuaciones en Centros de Protección.....	11
1.6 Título V: Organización Administrativa.....	11
1.7 Disposiciones Adicionales, Derogatoria y Finales.....	12
2. PRINCIPALES NOVEDADES Y MODIFICACIONES.....	13
2.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	13
2.2 Modificación del Código Civil.....	14
2.3 Modificación del Código Penal.....	14
2.4 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.....	15
2.5 Ley Orgánica del Poder Judicial.....	15
2.6 Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.....	15
2.7 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor..	15
2.8 Ley de Enjuiciamiento Civil.....	16
2.9 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores.....	16
CAPÍTULO II. IMPACTO DE LA LOPIVI EN EL CÓDIGO PENAL.....	17
3. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES EN EL CÓDIGO PENAL.....	17
3.1 Modificación de la circunstancia 4. ^a del artículo 22, artículos 314 y 511 y ss.	17
3.2 Modificación del párrafo b) del artículo 39.....	18
3.3. Modificación del artículo 45.....	18
3.4 Modificación del artículo 46.....	18
3.5 Modificación del párrafo introductorio del artículo 49.....	19

3.6	Modificación del apartado 1 del artículo 57.....	19
3.7	Modificación del párrafo 6. ^a del apartado 1 del artículo 83.....	19
3.8	Modificación del artículo 107.....	19
3.9	Modificación del párrafo 5.º del apartado 1 del artículo 130.....	20
3.10	Modificación del apartado 1 del artículo 132.....	20
3.11	Modificación del artículo 140 bis.....	20
3.12	Introducción del artículo 143 bis.....	20
3.13	Modificación del apartado 3º del artículo 148.....	21
3.14	Modificación del artículo 156 ter.....	21
3.15	Introducción del artículo 156 quater.....	21
3.16	Introducción del artículo 156 quinquies.....	21
3.17	Modificación del apartado 1 del artículo 177 bis.....	21
3.18	Modificación de artículos 180, 183, 188 y 189.....	22
3.19	Modificación del apartado 3 del artículo 192.....	23
3.20	Modificación del artículo 201.....	24
3.21	Modificación del apartado 3 del artículo 215 y párrafo 3º del artículo 267..	24
3.22	Modificación del apartado 2 del artículo 220.....	24
3.23	Modificación del apartado 2 del artículo 225 bis.....	24
3.24	Introducción del artículo 361 bis.....	24
4.	PRINCIPALES MOTIVOS DE LAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO PENAL.....	25
4.1	Protección de los derechos de la infancia y la adolescencia.....	25
4.2	Adaptación de los nuevos desafíos y realidades sociales.....	25
4.3	Prevención de la violencia y delitos contra la infancia y la adolescencia...	25
4.4	Garantía de una justicia adaptada a las necesidades de los menores.....	26
4.5	Promoción de la responsabilidad y el bienestar de la infancia y adolescencia..	26
5.	EL DEBATE SOBRE EL EFECTO PREVENTIVO EN DICHAS MODIFICACIONES: ¿EFECTIVO O EXPANSIÓN EXCESIVA DEL DERECHO PENAL?	27
5.1	El enfoque preventivo de la LOPIVI como un fin efectivo en el Código Penal.....	28
5.2	La tipificación de delitos de peligro hipotético (delitos digitales)	

como una expansión excesiva del Derecho Penal.....	30
5.3 La aspiración al riesgo zero.....	33
6. OTRAS POSIBLES CRÍTICAS A LAS REFORMAS OPERADAS EN EL CÓDIGO PENAL POR LA LOPIVI.....	37
CAPÍTULO III. CASOS PRÁCTICOS Y JURISPRUDENCIA.....	40
7. ESTUDIO DE CASOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES Y APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS MODIFICACIONES EN CASOS CONCRETOS	40
CAPÍTULO IV. DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS FUTURAS.....	46
8. IDENTIFICACIÓN DE DESAFÍOS PENDIENTES.....	46
9. PROPUESTAS DE MEJORA Y DESARROLLO FUTURO.....	49
CONCLUSIONES.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	56
1. LEGISLACIÓN.....	56
2. JURISPRUDENCIA.....	56
3. OBRAS DOCTRINALES.....	57
4. RECURSOS DE INTERNET.....	57

LISTADO DE ABREVIATURAS

LOPIVI:	Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
Art.:	Artículo
CP:	Código Penal
SAP:	Síndrome de Alienación Parental
LECrIm:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
CC:	Código Civil
LORPM:	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores
p.:	Página
OMS:	Organización Mundial de la Salud
EEVIA:	Estrategia de Erradicación de la Violencia contra la Infancia y Adolescencia
CC.AA.:	Comunidades Autónomas
LOPJM:	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LOMPIVG:	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Resumen

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, conocida como Ley Rhodes, es un hito en la protección de los derechos de los niños y adolescentes frente a la violencia. Este trabajo analiza su impacto en el ámbito legal, especialmente en el Código Penal, destacando su enfoque holístico que abarca la prevención, sanción y promoción de un entorno seguro para los menores.

Se examinan las modificaciones en el Código Penal, desde la ampliación de delitos de odio hasta la creación de nuevas categorías delictivas relacionadas con el uso indebido de tecnologías. Se debate sobre el efecto preventivo de estas reformas y la posibilidad de una expansión excesiva del derecho penal. Se exploran críticas como la aspiración al "riesgo cero". Además, se analizan casos jurisprudenciales relevantes para evaluar la efectividad de la ley en la práctica judicial. Este trabajo representa un compromiso con la protección de los derechos de la infancia y una contribución al fortalecimiento del marco legal para un futuro más seguro. La LOPIVI no solo es una ley, es un avance hacia una sociedad más justa y solidaria, donde los derechos de los niños sean prioritarios.

Palabras clave: Infancia; violencia; modificaciones; discriminación; prevención; indemnidad sexual; propuestas de mejora.

Abstract

Organic Law 8/2021, of June 4, on comprehensive protection of children and adolescents against violence, known as the Rhodes Law, is a milestone in the protection of the rights of children and adolescents against violence. This paper analyzes its impact in the legal field, especially in the Penal Code, highlighting its holistic approach that encompasses prevention, punishment and promotion of a safe environment for minors.

The modifications to the Penal Code are examined, from the expansion of hate crimes to the creation of new criminal categories related to the misuse of technologies. There is debate about the preventive effect of these reforms and the possibility of an excessive expansion of criminal law. Criticisms such as the aspiration for "zero risk" are explored. In addition,

relevant jurisprudential cases are analyzed to evaluate the effectiveness of the law in judicial practice. This work represents a commitment to the protection of children's rights and a contribution to strengthening the legal framework for a safer future. The Organic Law 8/21 is not only a law, it is progress towards a more fair and supportive society, where the rights of children are a priority.

Key words: Childhood; violence; modifications; discrimination; prevention; sexual indemnity; improvement proposals.

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO

En un mundo donde los niños y adolescentes son los cimientos del futuro, la protección integral de su bienestar y sus derechos es una responsabilidad primordial de la sociedad y el Estado. En este contexto, el sábado 5 de junio de 2021 se publicaba en el BOE, no. 134, la Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia¹ -en adelante LOPIVI-, bautizada como Ley Rhodes (por el pianista del mismo apellido, que sufrió abusos en su infancia), la cual emerge como una herramienta fundamental en la defensa de los derechos más vulnerables de nuestra sociedad: los niños, niñas y adolescentes.

El propósito de este trabajo es realizar un análisis del impacto que la LOPIVI tiene en el ámbito legal, particularmente en el Código Penal. Se analizarán detenidamente las modificaciones introducidas por esta ley y se examinará cómo estas reformas no solo reflejan un cambio en la normativa, sino también una transformación en la manera en que la sociedad aborda y protege a los niños y adolescentes.

La protección integral a la infancia y la adolescencia no es un tema nuevo en el ámbito jurídico ni social, pero la LOPIVI marca un hito significativo en este campo al enfocarse en una visión holística que abarca no solo la prevención y sanción de la violencia, sino también la promoción de un entorno seguro y saludable para el desarrollo pleno de los menores.

El análisis de las modificaciones introducidas por la LOPIVI en el Código Penal nos permitirá entender cómo estas reformas buscan adaptar el marco legal a los nuevos desafíos y realidades sociales (como lo son, por ejemplo, las redes sociales), así como proporcionar una respuesta más efectiva frente a las diversas formas de violencia que afectan a la infancia y la adolescencia en la actualidad.

Se examinarán en detalle las principales novedades y cambios operados en el Código Penal, desde la ampliación del concepto de delitos de odio hasta la creación de nuevas categorías delictivas relacionadas con el uso indebido de tecnologías de la información y la comunicación. Además, se analizará cómo estas reformas impactan en la protección de los

¹ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021).

derechos de los menores, en la persecución de los delitos y en la administración de justicia en casos que involucran a niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, en el presente trabajo se aborda el debate sobre el efecto preventivo de las modificaciones introducidas por LOPIVI en el Código Penal. Se analiza la efectividad del enfoque preventivo de la LOPIVI como una herramienta para proteger a los menores, así como la posibilidad de que la tipificación de delitos de peligro hipotético, como los delitos digitales, represente una expansión excesiva del derecho penal. Además, se examina la aspiración al "riesgo cero" y otras posibles críticas a las reformas operadas en el Código Penal por la LOPIVI.

Es importante destacar que este trabajo no solo se centrará en el análisis teórico de la normativa, sino que también se adentrará en la práctica judicial a través del estudio de casos jurisprudenciales relevantes. De esta manera, podremos evaluar de manera integral la efectividad de las reformas legales introducidas por la LOPIVI y su impacto real en la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia.

En definitiva, este trabajo representa un compromiso con la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, así como una contribución al análisis y reflexión sobre cómo el marco legal puede adaptarse y fortalecerse para garantizar un futuro más seguro y prometedor para las generaciones futuras. La LOPIVI no solo es una ley, es un paso adelante en la construcción de una sociedad más justa y solidaria, donde los derechos de la infancia sean una prioridad indiscutible.

CAPÍTULO I. LEY ORGÁNICA 8/21: ASPECTOS GENERALES

1. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY ORGÁNICA

La Ley Orgánica sobre la Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia Frente a la Violencia presenta una estructura sólida y exhaustiva, compuesta por un título preliminar y cinco títulos, acompañados de disposiciones adicionales, derogatoria y finales que abordan de manera integral la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en España.

1.1. Título Preliminar: Definiciones y Principios Generales

En el Título Preliminar de la normativa se establece la definición tanto de violencia como de buen trato según los términos empleados en la Ley. Es digno de destacar que, en relación con la violencia, se abarca la "presencia de cualquier conducta violenta en el ámbito familiar", incluso si no va dirigida hacia el menor; y en lo que respecta al buen trato, se incorpora la promoción activa de los "principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, resolución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de niños, niñas y adolescentes" (Art. 1).²

En el Título Preliminar, además, se concede una notable importancia a la capacitación especializada en la Administración Pública (Art. 5) y a la Conferencia Sectorial de infancia y adolescencia, concebida como un punto de colaboración y coordinación dentro del Estado para los efectos de esta Ley (Art. 7).

1.2. Título I: Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes

En el Primer Título, además de reconocer el derecho de los menores a expresar sus opiniones en los procedimientos que involucren los eventos en los que son víctimas (Art. 11.1), se destaca la importancia de que las autoridades públicas eviten la utilización de enfoques teóricos o criterios no respaldados por la comunidad científica. A modo de ejemplo, se menciona el controvertido Síndrome de Alienación Parental (SAP) (Art. 11.3).

1.3. Título II: Deber de Comunicación de Situaciones de Violencia

² Coteño Muñoz, A., "¿Qué cambios introduce la nueva Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia?", 2021 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2021/07/16/que-cambios-introduce-la-nueva-ley-organica-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>; última consulta 27/01/2024)

En el Segundo Título, es notable la obligación de informar a las autoridades sobre situaciones de violencia que se perciban, siendo esta responsabilidad particularmente exigible a aquellas personas que, debido a su posición, profesión, ocupación o labor, tengan asignada la responsabilidad de brindar asistencia, cuidado, educación o protección a menores (Arts. 15 y 16).

1.4. Título III: Sensibilización, Prevención y Detección Precoz

El Título Tercero se enfoca en la concienciación, la prevención y la identificación temprana de la violencia experimentada por los menores. Con este propósito, se instituye la figura del Coordinador de bienestar y protección en instituciones educativas (Art. 35), quien tiene la responsabilidad de elaborar planes específicos para salvaguardar a los menores y sensibilizar a la comunidad educativa correspondiente. Además, se confiere a los profesionales de Servicios Sociales la condición de agentes de la autoridad (Art. 41) para que puedan resguardarse y dar prioridad a su criterio en situaciones que históricamente han sido caracterizadas por violencia o alta conflictividad. Esta disposición ha suscitado críticas de ciertos sectores debido a la posible arbitrariedad con la que estos profesionales pueden actuar con las familias.

En lo que respecta a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se establece que, por lo general, el testimonio de los menores se recogerá en una única ocasión y siempre será a través de profesionales debidamente capacitados. Se prohíbe cualquier contacto entre el investigado y el menor, y se permite que los menores presenten denuncias por sí mismos sin necesidad de estar acompañados por un adulto (Art. 50).

1.5. Título IV: Actuaciones en Centros de Protección

El Título Cuarto aborda la intervención en los centros de atención a menores. En este contexto, es relevante señalar que dichos centros están completamente obligados a seguir los protocolos de actuación establecidos por la Entidad Pública de Protección a la Infancia (Art. 53) y que su desempeño estará sujeto a la supervisión del Ministerio Fiscal.

1.6. Título V: Organización Administrativa

El Título Quinto se enfoca en la organización administrativa. En este ámbito, se destaca la instauración de un Registro Central de Información sobre la violencia dirigida a la infancia y la adolescencia (Art. 56). Por otro lado, se establece la obligatoriedad de obtener una certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres

Humanos para cualquier actividad, ya sea laboral o no, que implique, de manera repetida y no solo ocasional, el contacto con menores de edad (Art. 57).

Asimismo, en consonancia con lo anterior, la existencia de antecedentes de índole sexual resultará en la terminación de la relación laboral si esta implica un trato regular con menores. Se especifica que, solicitada la eliminación de estos antecedentes, la falta de respuesta por parte del Registro será considerada como negativa. Queda por determinar cómo la Jurisprudencia y la Doctrina interpretarán esta disposición con el fin de prevenir la violación del derecho a la intimidad del trabajador y si, como parece indicar, se invierte la carga de la prueba en cuanto a la provisión de esta información.

1.7. Disposiciones Adicionales, Derogatoria y Finales

Las disposiciones adicionales abordan diversos aspectos, incluyendo la asignación de recursos presupuestarios en el ámbito de la Administración de Justicia y los servicios sociales para combatir la violencia infantil; la priorización de soluciones de vivienda en casos de desahucios que afecten a familias con menores; el seguimiento de datos de opinión pública sobre la violencia hacia la infancia y adolescencia mediante encuestas periódicas; la observancia de la normativa actual en cuanto a los gastos de personal; la actualización de las referencias al Registro Central de Delincuentes Sexuales y al Registro Unificado de Maltrato Infantil; la obligación del Gobierno de establecer, en el plazo de un año, mecanismos para realizar la verificación automatizada de antecedentes por parte de administraciones, empresas u otras entidades; la creación de una Comisión de seguimiento para evaluar la implementación de la ley; la garantía de acceso al territorio y a un procedimiento de asilo para niños y niñas en necesidad de protección internacional, independientemente de su nacionalidad y forma de entrada en España; y, por último, el mandato al Gobierno para regular el régimen de Seguridad Social de las personas acogedoras especializadas de dedicación exclusiva.

Esta ley, a través de su estructura y contenido, refleja un enfoque integral para la protección de la infancia y la adolescencia, abordando aspectos normativos, preventivos y de intervención, y asegurando la coherencia con compromisos internacionales y la realidad

social española. Su implementación busca crear un entorno seguro y respetuoso para el sano desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.³

2. PRINCIPALES NOVEDADES Y MODIFICACIONES

A través de las veinticinco disposiciones finales de la ley se lleva a cabo la modificación de diferentes cuerpos normativos. Las reformas legislativas se han centrado en diversas áreas, destacando los cambios sustanciales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), el Código Civil (CC) y el Código Penal (CP).⁴

2.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal

Se introducen modificaciones en los Arts. 109 bis y 110 de la LECrim⁵, reflejando la jurisprudencia que permite que las víctimas y los perjudicados por un delito puedan personarse una vez transcurrido el plazo para presentar el escrito de acusación, siempre y cuando se adhieran al escrito formulado por el Ministerio Fiscal o las demás acusaciones ya presentes.

Asimismo, se realiza una modificación en el Art. 261 de la LECrim, estableciendo una excepción al régimen general de dispensa de la obligación de denunciar. Se determina que el cónyuge y los familiares cercanos de la persona que haya cometido un delito grave contra un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección están obligados a denunciar.

El Art. 416 de la LECrim también experimenta cambios, estableciendo excepciones a la dispensa de la obligación de declarar con el objetivo de proteger a los menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal.

Además, se regula de manera sistemática la prueba preconstituida y se modifican las disposiciones sobre las medidas cautelares de carácter penal y civil que puedan adoptarse

³ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021).

⁴ *Ibid.*

⁵ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta de Madrid núm. 260, de 17 de noviembre de 1882).

durante el proceso penal y afectar a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Se establece la obligatoriedad de la prueba preconstituida cuando el testigo sea menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. En estos casos, la autoridad judicial sólo podrá decidir motivadamente su declaración en el acto del juicio oral si se considera necesario a solicitud de una de las partes.

2.2 Modificación del Código Civil

Se introduce una modificación en el Art. 92 del CC⁶ con el objetivo de reforzar el principio del interés superior del menor en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio. Además, se busca garantizar la implementación de las precauciones necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia.

Asimismo, se realiza una modificación en el Art. 154 del Código Civil para establecer de manera clara que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad forma parte de la potestad que, por lo general, comparten ambos progenitores. Esto implica que, a menos que exista suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su ausencia, la autorización judicial para el traslado del menor, independientemente de la medida adoptada con respecto a su guarda o custodia.

En el Art. 158 del Código Civil se introduce una modificación para permitir al Juez ordenar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia o del régimen de visitas y comunicaciones. Esta medida tiene como objetivo apartar al menor de situaciones de peligro o prevenir perjuicios en su entorno familiar o frente a terceros.

Finalmente, se realiza una modificación en el Art. 172.5 del Código Civil, que regula los casos de cese de la tutela y de la guarda provisional por parte de las entidades públicas de protección. Se amplía el plazo de 6 a 12 meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro.

2.3 Modificación del Código Penal

⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

En cuanto al Código Penal, se introdujo una nueva regulación de delitos de odio, incorporando la edad como causa de discriminación. Se extendió el plazo de prescripción de delitos graves contra menores, evitando espacios de impunidad. Además, se eliminó el perdón como causa de extinción de responsabilidad criminal en delitos contra menores y se crearon nuevos tipos delictivos para conductas a través de medios tecnológicos que afectan a menores.

Esto será comentado en detalle en el Capítulo II: Impacto de la LOPIVI en el Código Penal.

2.4 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria

Se implementan programas especializados dirigidos a reclusos condenados por delitos vinculados a la violencia contra la infancia y adolescencia, con el propósito de prevenir la reincidencia. Además, se llevará a cabo un seguimiento detenido de estos internos para evaluar la concesión de permisos y la libertad condicional.

2.5 Ley Orgánica del Poder Judicial

Se regula la necesidad de formación especializada en las profesiones judicial y fiscal, así como en el cuerpo de letrados y en el resto del personal adscrito a la Administración de Justicia, dado que las materias concernientes a la infancia y a personas con discapacidad involucran a grupos vulnerables. Se contempla la posibilidad de integrar, como funcionarios, a profesionales especializados en unidades administrativas, como los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses y las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

2.6 Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita

Se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos violentos graves, con independencia de sus recursos para litigar.

2.7 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor

Se realiza una modificación en la descripción de los indicadores de riesgo utilizados para evaluar la situación de peligro y se añade un nuevo Art. 14 bis⁷ con el propósito de facilitar la labor de los servicios sociales en situaciones de urgencia.

⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 enero de 1996).

Se insta un sistema de garantías en los sistemas de protección a la infancia, responsabilidad que recae principalmente en las entidades públicas de protección. Esto se aplica especialmente a niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad, como aquellos que llegan solos a España o los que carecen de cuidado parental.

Además, se incorporan los Arts. 20 ter y 20 quinquies para regular las condiciones y el procedimiento aplicable a las solicitudes de acogimiento transfronterizo de menores provenientes de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte del Convenio de la Haya de 1996. También se establece el procedimiento para la remisión de solicitudes de acogimiento transfronterizo desde España a otro Estado miembro de la Unión Europea.

2.8 Ley de Enjuiciamiento Civil

Se realizan cambios en los Arts. 779 y 780 LEC⁸ con el propósito de establecer un límite máximo de tres meses, contados desde el inicio, en los procedimientos que involucren la impugnación de resoluciones administrativas en el ámbito de la protección de menores. Asimismo, se contempla la opción para que los menores elijan a sus propios defensores, se acortan los plazos del proceso y se considera la posibilidad de implementar medidas cautelares.

2.9 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores

Se efectúa una modificación en el Art. 4 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores⁹ (LORPM), que trata sobre los derechos de las víctimas de delitos cometidos por menores de edad. Este cambio tiene como objetivo establecer nuevos derechos para las víctimas de delitos de violencia de género cuando el autor es menor de dieciocho años, adaptando estas disposiciones de acuerdo con lo establecido en el Art. 7.3 de la Ley 4/2015, del 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito¹⁰.

En relación con la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto): Se incorpora una nueva infracción en el ámbito social

⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000).

⁹ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000).

¹⁰ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

por el hecho de dar ocupación a personas con antecedentes de naturaleza sexual en actividades vinculadas a menores de edad.

Estas modificaciones tienen un impacto significativo en la protección de los derechos de la infancia y adolescencia, abordando aspectos legales, penales y de protección social. La inclusión de medidas específicas en el CP refleja un enfoque integral para prevenir y abordar la violencia y la victimización de los menores.

CAPÍTULO II. IMPACTO DE LA LOPIVI EN EL CÓDIGO PENAL

3. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES EN EL CÓDIGO PENAL

Cabe destacar que las mayores modificaciones que causa la LOPIVI se dan en el ámbito penal: Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal del menor y, en menor medida, Ley General Penitenciaria.

A través de este análisis, se explorarán en detalle las novedades, ajustes y repercusiones que la mencionada legislación ha introducido en el Código Penal, contribuyendo así a una comprensión más profunda de su impacto en el sistema legal.

3.1 Modificación de la circunstancia 4.^a del artículo 22, artículos 314 y 511 y ss.

Se da una nueva regulación a los delitos de odio, comprendidos en los Arts. 22.4, 314, 511, 512 y 515.4 del Código Penal.

Entre las modificaciones del Código Penal, cabe resaltar la incorporación de la edad como un elemento agravante en el cuarto apartado del Art. 22, situación que se replica como motivo de discriminación en el delito de odio (Art. 511 y siguientes) y en el delito relacionado con la discriminación laboral (Art. 314). En este contexto, el Preámbulo reconoce que la nueva agravante se introduce no sólo como un medio para proteger a los menores, sino también para amparar a las personas de edad particularmente avanzada.

Esta reciente circunstancia, al igual que la agravante recién añadida de aporofobia (miedo o desprecio hacia los pobres), ha sido objeto de críticas por parte de ciertos sectores de la doctrina. Estos críticos argumentan que contribuye a una expansión excesiva del Derecho

penal, según la percepción de una parte significativa de la doctrina, que ha venido ocurriendo en las últimas décadas.

3.2 Modificación del párrafo b) del artículo 39

Anteriormente a la modificación, en dicho párrafo, no se incluía el concepto de “sean o no retribuidas” el cual hace referencia a las actividades que son penas privativas de derechos.

3.3. Modificación del artículo 45

Se completa el Art. 45 del CP ya que anteriormente recogía únicamente lo siguiente: “La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.”

Mientras que, actualmente está redactado así: “La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades, sean o no retribuidas, o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva a la persona penada de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. La autoridad judicial podrá restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible, el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido.”¹¹

3.4 Modificación del artículo 46

A este artículo se añade un segundo párrafo que establece lo siguiente: “Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto.”¹²

3.5 Modificación del párrafo introductorio del artículo 49

Se añade “resolución pacífica de conflictos y parentalidad positiva” al párrafo introductorio del Art. 49.

¹¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

¹² *Ibid.*

3.6 Modificación del apartado 1 del artículo 57

Antes de la modificación, el apartado 1 del Art. 57 establecía que los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el Art. 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.¹³

Tras la modificación, a la mencionada lista de delitos se añade también la inviolabilidad de las relaciones familiares.

3.7 Modificación del párrafo 6.ª del apartado 1 del artículo 83

El Art. 83 del CP hace referencia a la posibilidad de condicionar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad al cumplimiento de las prohibiciones y deberes cuando resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos.¹⁴

Previo a la modificación que causó la LOPIVI, la regla 6.ª hacía referencia a la participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares. Tras la modificación, se añadió la referencia a la "resolución pacífica de conflictos" y "parentalidad positiva".

3.8 Modificación del artículo 107

Esta modificación establece que la autoridad judicial puede, de manera fundamentada, decretar la medida de inhabilitación para el ejercicio de derechos, profesiones, oficios, industrias, comercios, cargos o empleos, y otras actividades, retribuidas o no, por un período de uno a cinco años, cuando la persona haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un delito, y cuando, al evaluar las circunstancias, se percibe el riesgo de que reincida en el mismo delito u otros similares. Cabe señalar que esta medida de seguridad únicamente se emplea cuando no es posible imponer la pena correspondiente porque la

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

persona se encuentra en alguna de las situaciones previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del Art. 20.

3.9 Modificación del párrafo 5.º del apartado 1 del artículo 130

Otra modificación significativa en el Código Penal se observa en la supresión del perdón como motivo para extinguir la responsabilidad penal en situaciones de delitos perpetrados contra menores de edad o personas con discapacidad que requieran protección especial, siempre y cuando se trate de delitos contra bienes jurídicos de índole eminentemente personal.

3.10 Modificación del apartado 1 del artículo 132

De igual manera, se modifica el Art. 132.1, estableciendo que, en casos de tentativa de homicidio, lesiones de acuerdo con los Arts. 149 y 150, maltrato habitual, delitos contra la libertad, contra la indemnidad y libertad sexuales o aquellos relacionados con la trata de seres humanos, y cuando la víctima sea menor de 18 años, el plazo de prescripción iniciará a partir de los 35 años en lugar de la mayoría de edad, como se hacía hasta ahora. De esta manera, en delitos graves, la prescripción ocurrirá cuando la víctima alcance los 55 años, lo que facilita que la víctima asimile la violencia sufrida y se prepare para presentar denuncias.

3.11 Modificación del artículo 140 bis

Se establece la obligatoriedad de imponer la pena de privación de la patria potestad a aquellos condenados por homicidio o asesinato en dos circunstancias específicas: cuando el autor y la víctima compartan un hijo en común y cuando la víctima sea hijo del autor

3.12 Introducción del artículo 143 bis

Se incorpora una nueva variante en el Art. 143 bis que penaliza la difusión pública, mediante tecnologías de la información, de contenidos específicamente diseñados para promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad o discapacitados necesitados de especial protección.

3.13 Modificación del apartado 3º del artículo 148

Se eleva la edad a partir de la cual se aplica el subtipo agravado de lesiones, establecido en el Art. 148.3, aumentando de doce a catorce años.

3.14 Modificación del artículo 156 ter

La novedosa categoría del Art. 143 bis se refleja en el Art. 156 ter, el cual sanciona la difusión pública de contenidos destinados a promover la autolesión.

3.15 Introducción del artículo 156 quater

Este artículo introduce la posibilidad de aplicar la medida de libertad vigilada a aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos contemplados en este Título del Código Penal (al cual pertenece el Art. 156 quater), siempre que la víctima sea una de las personas mencionadas en el apartado 2 del Art. 173.

3.16 Introducción del artículo 156 quinquies

Regula una disposición específica para las personas condenadas por la comisión de ciertos delitos contemplados en los Arts. 147.1, 148, 149, 150 y 153 del Código Penal, siempre que la víctima sea una persona menor de edad.

Esto es que, además de las penas correspondientes, se les podrá imponer a dichas personas la pena de inhabilitación especial (la prohibición de ejercer cualquier profesión, oficio u otras actividades, ya sea retribuido o no, que implique contacto regular y directo con personas menores de edad). La duración de la inhabilitación especial será superior entre tres y cinco años al tiempo de la privación de libertad impuesta en la sentencia, o de dos a cinco años cuando no se haya impuesto una pena de prisión. La aplicación de la pena de inhabilitación especial se ajustará proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de delitos cometidos y a las circunstancias particulares del condenado.

3.17 Modificación del apartado 1 del artículo 177 bis

Se añade al Art. 177 bis del C.P., que regula sobre el delito de trata de seres humanos, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividad que conlleve contacto directo y regular con menores de edad, pena que se impondrá en un tiempo superior entre 6 a 20 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.¹⁵

¹⁵ Iberley Información Legal, S.L. “La protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, 2021 (disponible en <https://www.iberley.es/revista/analisis-torno-regimen-custodia-visitas-menores-afectados-violencia-ge-nero-401>)

3.18 Modificación de artículos 180, 183, 188 y 189

Se realiza una modificación en la redacción del tipo agravado de la agresión sexual, los abusos y las agresiones a menores de dieciséis años, así como en los delitos relacionados con prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (Arts. 180, 183, 188 y 189). Se incorporan agravantes cuando los delitos son cometidos por personas responsables de la tutela o custodia de menores o discapacitados que requieren protección especial, así como cuando el autor, al llevar a cabo el delito, se ha aprovechado de una situación de convivencia con la víctima.

El tipo agravado en los delitos de abusos sexuales, según el Art. 180, apartados 3 y 4, será aplicado cuando los hechos se cometan contra una persona en situación de especial vulnerabilidad debido a su edad, enfermedad, discapacidad u otras circunstancias. También se aplicará cuando el responsable del delito se haya valido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco.

En el caso del delito de abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años, según el Art. 183.4 a) y d) del Código Penal, se refiere a situaciones donde la víctima se encuentre en una condición de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad u otras circunstancias. En todo caso, se considera agravante cuando la víctima sea menor de cuatro años o cuando el responsable, para la ejecución del delito, se haya valido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, como ascendiente, hermano por naturaleza o adopción, o afines.

En cuanto a la exención de responsabilidad criminal según el Art. 183 quater del Código Penal, para los delitos de los Arts. 183.1 y 183 bis 1º, párrafo 2º, la misma tendrá efectos cuando exista consentimiento libre del menor de 16 años, a menos que se haya empleado intimidación o violencia (Art. 183.2 C.P.). Además, se aplica cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad.

En relación con el tipo agravado del delito de prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, de los Arts. 188 y 189 del C.P., se incorpora la circunstancia de la "situación de convivencia" en la ejecución del delito. Se incluyen también otras circunstancias como el empleo de violencia física o sexual para obtener material pornográfico o representar escenas

de violencia física o sexual, sin necesidad de que la víctima sea un miembro de la familia. Se contempla la utilización de personas menores de edad en situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad u otras circunstancias.

Como novedad, se tipifica como delito, en el Art. 189 bis del Código Penal, la distribución o difusión pública a través de Internet, teléfono u otras tecnologías de información y comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos mencionados. En estos casos, las autoridades judiciales tomarán las medidas necesarias para retirar los contenidos, bloquear o interrumpir los servicios que los ofrezcan.¹⁶

3.19 Modificación del apartado 3 del artículo 192

Se establecen penas específicas y proporcionadas para los delitos cometidos contra menores de edad. Permite que, razonadamente, se imponga la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, así como la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.

Asimismo, establece una pena adicional de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividad, retribuidos o no, que implique contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia en casos graves, y entre dos y veinte años en casos menos graves. La duración de la pena se determinará proporcionalmente según la gravedad del delito, el número de delitos cometidos y las circunstancias del condenado.

3.20 Modificación del artículo 201

Se altera el Art. 201 estableciendo que no se requiere presentar una denuncia para emprender acciones legales en los casos de descubrimiento y revelación de secretos, siempre y cuando la víctima sea menor de edad o discapacitado que requiera protección especial.

3.21 Modificación del apartado 3 del artículo 215 y párrafo 3º del artículo 267

¹⁶ *Ibid.*

Respecto al apartado tercero del Art. 215, se simplifica la redacción, eliminando la referencia específica al representante legal y a otros elementos, quedando más claro que el perdón de la persona afectada es lo que extingue la acción penal en casos de injurias y calumnias.

Similar al Art. 215, en el párrafo tercero del Art. 267 se simplifica la redacción, eliminando la referencia específica al representante legal y a otros elementos, quedando más claro que el perdón de la persona afectada es lo que extingue la acción penal en casos de daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros.

3.22 Modificación del apartado 2 del artículo 220

Regula la consideración de delito cuando se oculta o entrega a terceros a una persona menor de 18 años con el propósito de alterar o modificar su filiación. Esta disposición difiere de la redacción anterior, que únicamente penalizaba a aquel que realizara dicha acción en relación con su propio hijo, proporcionando así una mayor protección a cualquier menor involucrado en este tipo de actos.

3.23 Modificación del apartado 2 del artículo 225 bis

Se altera la tipificación del delito de sustracción de menores de edad, contemplado en el Art. 225 bis del Código Penal, para posibilitar que tanto el progenitor que comparta habitualmente la convivencia con el menor como el progenitor que solo lo tenga en su compañía según un régimen de estancias puedan ser considerados como sujetos activos de dicho delito.

3.24 Introducción del artículo 361 bis

Se incluye en el Art. 361 bis una disposición dirigida a penalizar la promoción de la anorexia y la bulimia, especialmente por su impacto en menores, castigando la distribución o promoción de contenidos que faciliten el consumo de productos o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios que puedan representar un riesgo para la salud de las personas.

4. PRINCIPALES MOTIVOS DE LAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO PENAL

El motivo por el que la LOPIVI ha introducido diversas modificaciones en el Código Penal español es respondiendo a una serie de motivos y necesidades identificadas en el

ámbito legal y social. Dichas modificaciones reflejan un compromiso por fortalecer la protección de los derechos de los menores y adolescentes, así como por prevenir y combatir la violencia en su contra.¹⁷

4.1 Protección de los derechos de la infancia y la adolescencia

Una de las fundamentales preocupaciones que ha motivado estas modificaciones en el Código Penal es la necesidad general de fortalecer la protección de los derechos de los menores y adolescentes. La LOPIVI reconoce la importancia de garantizar un entorno seguro y saludable para el desarrollo de la infancia y la adolescencia, por lo que se han introducido cambios que refuercen esta protección legalmente.

4.2 Adaptación de los nuevos desafíos y realidades sociales

La evolución de la sociedad y los cambios en las dinámicas familiares y tecnológicas han generado nuevos desafíos en la protección de los menores. La LOPIVI busca adaptar el marco legal a estas nuevas realidades, abordando cuestiones como la violencia digital, el acoso escolar, y otros tipos de violencia que afectan a los menores en el entorno virtual. Estas medidas buscan garantizar que los menores estén protegidos no solo en su entorno físico, sino también en el mundo digital, donde cada vez pasan más tiempo. Es crucial que las leyes se actualicen para hacer frente a estos desafíos emergentes y asegurar un entorno seguro y saludable para el desarrollo integral de la infancia y la adolescencia.

4.3 Prevención de la violencia y delitos contra la infancia y la adolescencia

Otra razón importante para las modificaciones en el Código Penal es la necesidad de prevenir y combatir la violencia y los delitos contra la infancia y la adolescencia. La LOPIVI contempla que la protección de los menores va más allá de la respuesta a situaciones de violencia ya ocurridas, por lo que se han introducido medidas que buscan prevenir la violencia y promover un entorno seguro y protector para los menores. Dichas acciones preventivas no solo buscan reaccionar ante casos de violencia, sino también implementar estrategias proactivas que fomenten la prevención, concienciación y educación en la sociedad para erradicar las causas subyacentes de estos delitos, garantizando así un futuro más seguro y saludable para la infancia y la adolescencia.

¹⁷ Noticias Jurídicas, “Claves de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, 2021 (disponible en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16351-claves-de-la-lo-8-2021-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>; última consulta 23/03/2024)

4.4 Garantía de una justicia adaptada a las necesidades de los menores

La LOPIVI considera la importancia de garantizar una justicia adaptada a las necesidades y características de los menores y adolescentes. Por ello, se han introducido modificaciones en el CP que buscan asegurar una respuesta legal adecuada y proporcional a las situaciones de violencia o delitos en los que estén involucrados menores de edad. Estas modificaciones tienen como objetivo principal proteger los derechos de los menores, brindándoles un marco jurídico que tenga en cuenta su vulnerabilidad y les proporcione la asistencia y protección necesarias para su bienestar integral.

4.5 Promoción de la responsabilidad y el bienestar de la infancia y adolescencia

La promoción del bienestar y la responsabilidad de los menores es otro motivo clave que ha impulsado las modificaciones en el CP. La LOPIVI reconoce la importancia de promover un entorno que fomente el desarrollo saludable y la participación activa de los menores en la sociedad, por lo que se han introducido cambios que buscan fortalecer su protección legal y promover su bienestar integral. Estas actualizaciones legales reflejan un compromiso con el cuidado y la formación de los menores, asegurando que cuenten con un marco legal que no solo los proteja de situaciones adversas, sino que también les brinde las herramientas necesarias para su crecimiento personal y su integración positiva en la comunidad.

En definitiva, las modificaciones que se han realizado en el CP tras la aprobación de la LOPIVI buscan fortalecer la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, adaptando la legislación penal a las necesidades y realidades actuales. No obstante, algunas de estas reformas han sido objeto de críticas por parte de ciertos sectores de la doctrina, que argumentan una posible expansión excesiva del Derecho penal. Es por ello que, se debe evaluar de manera crítica el impacto y la efectividad de estas medidas en la protección integral de los menores y en la prevención de la violencia.

5. EL DEBATE SOBRE EL EFECTO PREVENTIVO EN DICHAS MODIFICACIONES: ¿EFECTIVO O EXPANSIÓN EXCESIVA DEL DERECHO PENAL?

La opinión de los expertos respecto a las modificaciones introducidas en el CP tras la aprobación de la LOPIVI ha generado un amplio debate en la comunidad jurídica. Si bien

existe consenso sobre la necesidad de fortalecer la protección de los derechos de los menores y adolescentes, las opiniones respecto a la efectividad y coherencia de las reformas varían entre los expertos.

La LOPIVI introduce delitos relacionados con la incitación al suicidio (Art. 143 bis CP), a las autolesiones (Art. 156 ter CP), a los trastornos alimentarios (Art. 361 bis CP) y la indemnidad sexual de los niños, niñas y adolescentes (Art. 189 bis CP). Estos delitos se castigan por la distribución o difusión pública de contenidos a través de internet u otros medios tecnológicos, sin requerir la producción del resultado buscado con la difusión de los contenidos dañinos. La pena de prisión prevista para cada una de estas acciones (prisión de uno a cuatro años para la inducción al suicidio, de seis meses a tres años para las autolesiones y de multa de seis a doce meses o pena de prisión o de uno a tres años en el caso de los Art. 361 bis y 189 bis CP) se establece junto a la imperativa adopción de medidas dirigidas a la retirada, bloqueo o interrupción de dichos contenidos..

Y es en este ámbito donde surge el gran debate de la efectividad de dichas modificaciones. No obstante, no es la primera vez que el efecto preventivo se contempla en el Código Penal, ya que a día de hoy la seguridad y la tranquilidad de los ciudadanos se logra “disminuyendo el riesgo”, de lo cual también se hablará en este capítulo más adelante.

Se plantean dudas sobre la configuración de un bien jurídico colectivo y abstracto en estos delitos, así como sobre la técnica de peligro hipotético o presunto utilizada en su tipificación. También se cuestiona la determinación de la responsabilidad y la dificultad en la persecución de estos delitos, así como la necesidad de medidas educativas para el buen uso de internet por parte de los niños, niñas y adolescentes. En resumen, la introducción de estas nuevas figuras delictivas busca proteger a los menores y adolescentes en el ciberespacio, pero plantea desafíos en su aplicación y comprensión jurídica.

5.1 El enfoque preventivo de la LOPIVI como un fin efectivo en el Código Penal

La importancia de la prevención se destaca como uno de los fundamentos principales de la LOPIVI. Desde el preámbulo, el legislador hace hincapié en la necesidad de promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes, asegurando su dignidad e integridad física y psicológica a través de la prevención de cualquier forma de violencia (párrafo 1º del apartado

I del preámbulo de la LOPIVI)¹⁸. Asimismo, más de la mitad de los artículos de la LOPIVI (específicamente, 31 de 60) se incluyen en el título III relativo a la “sensibilización, prevención y detección precoz”¹⁹

Es por ello que uno de los puntos destacados y apoyado por la mayor parte de los expertos es el enfoque preventivo de las modificaciones en el CP, que buscan prevenir y combatir la violencia contra los menores desde una perspectiva integral.

Según estos expertos, la LOPIVI representa un avance significativo en la protección de los derechos de la infancia al abordar de manera específica cuestiones como el acoso escolar, la violencia digital y el abuso infantil.

En relación con esta perspectiva, cabe hacer referencia a la jornada “Infancia sin cicatrices”, coorganizada por IL3-UB y Save the Children, en la cual diversos especialistas dieron su opinión acerca de la eficacia de todos los aspectos de la LOPIVI, incluida la prevención de la violencia a la infancia y adolescencia.

El rector de la Universidad de Barcelona, Joan Guardia, destacó que “la LOPIVI es la base que necesita la sociedad del futuro: Para construir una sociedad justa y equitativa es crucial proteger el bienestar de la infancia y la adolescencia”²⁰. Asimismo, el secretario de Infancia, Adolescencia y Juventud del Departamento de Derechos Sociales de la Generalitat de Catalunya, Alexis Serra, sostuvo que “esta ley será clave para impulsar la formación de perfiles específicos destinados a concretar la labor de protección a la infancia y la adolescencia con el foco puesto en la prevención”²¹.

Según el experto Jorge Cardona, catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Valencia, el concepto clave de la ley es la integralidad, porque considera a los niños, las niñas y los adolescentes desde todos los ámbitos que afectan a su bienestar y porque prevé acciones que también son integrales: “La ley no se limita a sancionar la

¹⁸ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021).

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Institut de Formació Contínua-IL3. Universitat de Barcelona, “Los logros y los retos de la Ley 8/2021, de Protección a la Infancia y la Adolescencia”, 2021 (disponible en <https://www.il3.ub.edu/noticias/los-logros-y-los-retos-de-la-ley-82021-de-proteccion-la-infancia-y-la-adolescencia>; última consulta 23/03/2024).

²¹ *Ibid.*

violencia, sino que prevé medidas de sensibilización, formación, prevención, detección y reparación de dicha violencia”²².

Isabel Lázaro, especialista en derecho de la infancia y profesora de la Universidad Pontificia Comillas, considera que es imprescindible un desarrollo normativo de la ley para asegurar que se ejecutan correctamente acciones clave como la detección y la comunicación: “Se debe ir más allá del protocolo, ya que la aplicación firme de la ley depende de una norma clara”²³.

Es también pertinente mencionar el ciclo de jornadas celebrado por La Cátedra Santander de los Derechos del Niño y la Plataforma de Infancia sobre la LOPIVI.²⁴

Diversos expertos expusieron las medidas de prevención y protección previstas por la LOPIVI para distintos ámbitos afectados, así como otras cuestiones de gran significación, como es el caso de los canales de comunicación y denuncia, los aspectos penales y policiales modificados, y las políticas de protección de las organizaciones.

Cabe destacar la intervención de Myriam Cabrera, Directora de la Cátedra de los Derechos del Niño, destacando la “necesidad de propiciar un cambio cultural y de mentalidades que lleve, no solo a detectar y responder eficazmente ante la violencia, sino que busque la prevención mediante la promoción activa de los Derechos Humanos de los niños y de las niñas”. En este contexto, se refirió a Holistic, un programa de Comillas, destinado al acompañamiento y la formación de las organizaciones que trabajan con niños para la creación de entornos seguros y de buen trato.

En definitiva, numerosos especialistas aguardaban la aprobación de una Ley Orgánica como la LOPIVI, que proteja de manera integral a los niños, niñas y adolescentes frente a toda posibilidad de violencia. Ejemplo de ello es la opinión de Roberto Guimerá Ferrer-Sama, Director de Sepín Penal. Abogado, quien sostuvo que “Al igual que desde 2004 tenemos una ley de “protección integral” frente a la violencia de género (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre; SP/LEG/2884), diecisiete años después los niños, niñas y adolescentes cuentan con su propia ley de “protección Integral” frente a toda forma de violencia, como reconocimiento a sus derechos, para asegurar y promover el respeto de su dignidad e

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ Universidad Pontificia Comillas, “Los expertos recalcan la importancia de la LOPIVI”, 2021 (disponible en <https://www.comillas.edu/noticias/los-expertos-recalcan-la-importancia-de-la-lopivi/>)

integridad física y psicológica, norma que ha sido aprobada con un amplio consenso parlamentario.”²⁵

5.2 La tipificación de delitos de peligro hipotético (delitos digitales) como una expansión excesiva del Derecho Penal

Una minoritaria parte de los expertos en la materia expresan reservas respecto a ciertos aspectos de las modificaciones introducidas por la LOPIVI. Algunos críticos señalan que la ampliación de los tipos penales y la introducción de nuevas figuras delictivas (como los delitos digitales) podrían generar una expansión excesiva del Derecho penal, sin garantizar necesariamente una mayor efectividad en la protección de los menores. Asimismo, se cuestiona la proporcionalidad de algunas penas establecidas en la ley, así como la viabilidad de su aplicación en la práctica judicial.

Paz Lloria Garcia, Catedrática de derecho penal en la universidad de valencia, realizó una valoración crítica respecto a las modificaciones en el CP tras la aprobación de la LOPIVI.²⁶ En su evaluación, expuso de manera clara la noción de un derecho penal expansivo como consecuencia de dichas modificaciones en el Código Penal.

“Por un lado, me parece loable la intención del legislador de proporcionar un instrumento normativo que permita luchar contra la violencia que sufren los niños, niñas y jóvenes y el espíritu que la impulsa de considerar a las personas menores como sujetos de derechos y no como objetos. Pero, por otro lado, y a la vista de lo que he podido exponer brevemente en estas páginas, parece que estas manifestaciones se quedan en principios vacuos, sin contenido material por lo que hace a las previsiones penales.” Lloria García, P. (2022).²⁷

Los nuevos delitos toman como marco de referencia el reconocimiento de la «violencia digital» del art. 1.2 de la LO 8/2021, también conocidos como los delitos que se cometen en el ciberespacio o usando del medio tecnológico. Paz Lloria, afirmó que esta idea ha de ser bien acogida, no obstante considera que no se ha realizado de la mejor manera. Según la penalista “en la medida de lo posible habrá que intentar resolver los conflictos entre menores

²⁵ Guimerá Ferrer-Sama, R., Editorial Jurídica Sepín, *Las principales reformas penales introducidas por la nueva Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, 2021.

²⁶ Lloria García, P., Universidad de Valencia, “LA LO 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA Y LA TRANSFORMACIÓN DEL CÓDIGO PENAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES”, 2022.

²⁷ *Ibid.*

por vías alternativas a la penal, al igual que la prevención debe garantizarse mediante elementos formativos y educativos, reduciendo al máximo el recurso a la sanción estatal. Reflexión que no parece haber sido tomada en cuenta por el legislador, que vuelve a usar del instrumento penal con un carácter promocional, función poco recomendable para las normas sancionadoras.”

El propósito de la tipificación de delitos digitales es penalizar conductas que representan un peligro para la vida y la salud, afectando a un grupo específico de personas especialmente vulnerables, como los menores de edad y aquellos con capacidades especiales que requieren protección especial. Esta perspectiva se relaciona con la idea de seguridad colectiva, que implica proteger bienes jurídicos individuales y colectivos, como la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad, la indemnidad sexual y la salud, especialmente de los menores y personas con discapacidad. Sin embargo, la creación de estos tipos penales asociados a bienes jurídicos abstractos genera interrogantes sobre la presencia de un elemento de injusto suficiente para considerar estas conductas como antijurídicas. Aunque se reconoce la mayor lesividad de las acciones en el espacio virtual, castigar la mera conducta sin la existencia de un peligro concreto para un bien jurídico definido plantea dudas.

“Lo que más me preocupa es la técnica empleada respecto de los nuevos delitos, que suponen una clarísima manifestación de derecho penal expansivo, con la consolidación de delitos de peligro hipotético o presunto, en los que resulta difícil concretar un sujeto pasivo y en los que las barreras de punición sufren un adelanto no justificado en la alarma social que propugna el preámbulo de la ley. Adelanto de las barreras punitivas que implica unos tintes de simbolismo, por lo demás ineficaces, si atendemos a la dificultad que entrañan los delitos tecnológicos para concretar la autoría y la imputación objetiva por las propias características del medio (descentralizado, anónimo, permanente y viral).

Ciertamente, hay que dotar de protección a los NNA, y por ello la técnica de la ley integral me parece buena, pero mejor sería invertir al máximo en las vertientes de prevención y formación y dejar la intervención punitiva en mínimos para no desatender a las garantías de los ciudadanos frente al poder de castigar del Estado, tal y como exige un poder punitivo democrático.” Lloria García, P. (2022).²⁸

²⁸ *Ibid.*

Como consecuencia de los delitos de peligro hipotético, como es el caso de los delitos digitales mencionados, entra en juego el debate de la proporcionalidad de las penas establecidas en la ley y su viabilidad en la práctica judicial. La adecuación de las penas al delito cometido y su efectividad en la administración de justicia son pilares esenciales para garantizar un sistema legal justo, equitativo y eficaz.

Uno de los principales puntos de controversia gira en torno a si las penas establecidas son proporcionales a la gravedad de los delitos (como en el caso de: prisión de uno a cuatro años para la inducción al suicidio, de seis meses a tres años para las autolesiones y de multa de seis a doce meses o pena de prisión o de uno a tres años en el caso de los art. 361 bis y 189 bis). Algunos críticos argumentan que ciertas sanciones pueden resultar excesivas o desproporcionadas en relación con la conducta delictiva. Esta preocupación se intensifica en el contexto de los delitos digitales, donde la naturaleza intangible del medio puede dificultar la evaluación adecuada de la gravedad de la acción.

Tal y como redactó Marcos Chaves Carou, graduado en Derecho y Suboficial del Ejército del Aire: “la operación del legislador responde al fenómeno de expansión del Derecho penal, adelantando su tutela a una forma de participación intentada, de mera actividad. Basta con la publicación de contenidos que induzcan al resultado sin necesidad de que éste se llegue a producir o establecer siquiera una interacción entre sujetos activo y pasivo, por cuanto deja de exigirse la existencia de este último.

Expansión motivada por la alarma social que genera este tipo de casos, magnificada por los medios de comunicación, que acaba exigiendo la aprobación de un Derecho penal simbólico. Exigencia que acaba siendo satisfecha como instrumento electoral de bajo coste económico. Pues, en definitiva, las soluciones penales son inmediatas, fáciles de implementar y puede alegarse que funcionan con respecto al fin punitivo, en sí mismas, aunque fracasen en lo que se refiere a alcanzar toda otra finalidad.

De esta forma, se adelanta la barrera punitiva a conductas de mera actividad, sin resultado lesivo alguno. Equiparando la pena, cuando no aumentándola, a la prevista para los delitos de lesiones o contra la integridad moral.”²⁹

²⁹ Chaves Carou, M., Diario La Ley, N° 10016, Sección Tribuna, “Participación en las autolesiones”, 2022 (disponible en [Análisis del nuevo artículo 156 ter del Código Penal](#))

El recién incorporado Art. 156 ter del CP establece una pena de prisión que oscila entre los seis meses y los tres años. Esta sanción es más severa que la prevista para el delito de atentado contra la integridad moral, que conlleva una pena de prisión de seis meses a dos años. Además, se añadiría la pena correspondiente a cada delito cometido en caso de lesiones o daños a la vida, integridad física o salud. Incluso, su pena máxima supera en un año el mínimo establecido para el delito de lesiones consumadas cuando la víctima es menor de edad o una persona con discapacidad que requiere protección especial, que es de dos a cinco años de prisión.

En resumen, la participación en una tentativa podría ser castigada con una pena mayor que las lesiones o el atentado contra la integridad moral consumados.

5.3 La aspiración al riesgo zero

La pregunta que surge tras analizar este debate sobre la efectividad o la expansión excesiva del derecho penal respecto a los delitos hipotéticos es: ¿Es realista y viable la aspiración al riesgo cero en la legislación penal, especialmente en el contexto de los delitos hipotéticos?

Como bien lo explicó Miguel Bustos Rubio, Profesor de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Internacional de La Rioja: “Existe hoy un claro consenso (mayoritario cuanto menos) a la hora de afirmar que el Derecho Penal ha tendido a endurecerse y ampliar sus fronteras mucho más allá de lo inicialmente imaginado. Se habla así de la existencia de un Derecho penal moderno, de un Derecho penal de la sociedad del riesgo, o de una administrativización del Derecho penal, ya casi sin tapujos, lamentándonos del rumbo adoptado en las últimas décadas por nuestros legisladores, pero aceptando, implícitamente (aún de manera crítica), esta nueva realidad.”³⁰ Consecuencia de esto es una anticipación generalizada de la intervención penal, un excesivo adelanto de las barreras punitivas, consecuencia, primordialmente, de un agotamiento de exigencias preventivas.

“Pedimos a los políticos que todo esté controlado; la noción de accidente ha dejado de existir: nada es accidental, todo es causado por alguien que ha hecho algo moralmente impropio, y de ahí la exigencia de responsabilidad; nuestra voluntad de control hace que busquemos

³⁰ Bustos Rubio, M., *Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal*, 2017.

responsables de todo lo que nos pueda suceder”³¹, enfatiza Eduardo Bericat, catedrático de Sociología de la Universidad de Sevilla, experto en el análisis de los valores sociales. Y añade que, en términos emocionales, esto está muy vinculado al miedo.

Bericat señala que en la sociedad contemporánea existe una creciente demanda de control y responsabilidad, donde se busca atribuir culpabilidad y castigo por cualquier incidente o amenaza percibida. Esta mentalidad, según Bericat, está impulsada en gran medida por el miedo y la voluntad de control.

En el contexto de la tipificación de delitos de peligro hipotético, esta mentalidad se refleja en la aspiración de alcanzar un "riesgo cero" en la sociedad. La idea subyacente es que al penalizar conductas que representan un peligro potencial, se puede mitigar o eliminar cualquier amenaza percibida para la vida, la salud y la integridad de los individuos. Esta búsqueda de control y seguridad se traduce en la adopción de normativas más estrictas y la imposición de penas incluso antes de que ocurra un daño concreto.

“El riesgo cero no existe, el riesgo siempre depende de la alternativa que tienes y del beneficio que te está dando”³², dice Oriol Mitjà. Esta declaración arroja luz sobre la inevitabilidad del riesgo en la vida cotidiana y sugiere que perseguir un ideal de "riesgo cero" es ilusorio y poco realista.

La tipificación de delitos de peligro hipotético, como los delitos digitales recientemente introducidos en el CP, responde a la aspiración de alcanzar un ideal de "riesgo cero" en la sociedad. Al establecer normativas que penalizan conductas que representan un peligro potencial para la vida, la salud y la integridad de los individuos, se busca generar una sensación de seguridad y tranquilidad en la población, y sobre todo en este caso que son los menores a quienes se busca proteger.

Los ciudadanos tienden a percibir que la existencia de leyes que castigan la mera posibilidad de daño contribuye a reducir el riesgo de que ocurran incidentes perjudiciales. Esta percepción de un entorno legal protector puede generar un sentimiento de confianza y calma en la sociedad, al creer que las autoridades están tomando medidas efectivas para prevenir

³¹ Rius, M., La Vanguardia, “Riesgo cero, una aspiración peligrosa”, 2021 (disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20210515/7453894/riesgo-cero-peligroso-danino.html>)

³² *Ibid.*

cualquier amenaza, incluso aquellas que aún no se han materializado. Sin embargo, esta aspiración al "riesgo cero", que evidentemente es inalcanzable, plantea interrogantes sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas y la viabilidad de su aplicación en la práctica jurídica, especialmente en un contexto donde la tecnología y el ciberespacio presentan desafíos únicos en términos de identificación y persecución de los delitos.

En una sociedad tan interconectada y en constante cambio como la actual, es imposible prever y eliminar todos los posibles riesgos. Los avances tecnológicos, las interacciones sociales y los nuevos contextos culturales generan constantemente nuevas formas de riesgo y vulnerabilidad que escapan al control total del sistema legal.

Los seres humanos son inherentemente imperfectos y susceptibles a cometer errores, lo que introduce un elemento de imprevisibilidad en cualquier situación. Además, las motivaciones individuales y los factores psicológicos pueden llevar a comportamientos irracionales o impulsivos que no pueden ser completamente controlados mediante medidas legales.

La búsqueda obsesiva de eliminar todo riesgo puede llevar a restricciones excesivas de las libertades individuales y a la creación de un estado de vigilancia invasivo. Esto socavaría los principios fundamentales de la democracia y la autonomía individual, generando una sociedad más opresiva y menos libre.

¿Por qué motivo se tipifican entonces los delitos de peligro abstracto?

“El común denominador de estos delitos o, lo que es lo mismo, el bien jurídico que, con su tipificación, se trata de tutelar, lo constituye la seguridad colectiva, tanto de las personas como de los bienes, la cual debe ser entendida como sinónimo de creación de un clima de garantía social en el que no se verán amenazados los bienes jurídicamente protegidos, ya sean individuales, ya sean colectivos. Por su parte, el Tribunal Supremo la ha definido, en Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1984, como “el Derecho que todos tienen para el desenvolvimiento normal de sus vidas en paz, sosiego, bienestar y tranquilidad”, de lo que se infiere que tal seguridad colectiva es la materialización del interés en preservar a los ciudadanos ante los peligros del propio desenvolvimiento social.”³³

³³ Notas Jurídicas, “Delitos de peligro abstracto en el Código Penal español y la jurisprudencia”, 2012 (disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4756-delitos-de-peligro-abstracto-en-el-codigo-penal-espanol-y-la-jurisprudencia-/>; última consulta 25/03/2024)

Los delitos de peligro abstracto se tipifican con el propósito de prevenir y disuadir la comisión de acciones que representan un riesgo potencial para la sociedad o para individuos específicos. Aunque estos delitos no requieren que se materialice un daño concreto o que se haya llevado a cabo una acción delictiva, se considera que penalizar conductas que representan un peligro inminente puede contribuir a la protección de bienes jurídicos y al mantenimiento del orden social.

Como bien se explicó al inicio de este capítulo, la tipificación de delitos relacionados con la incitación al suicidio, las autolesiones, los trastornos alimentarios y la indemnidad sexual de los niños, niñas y adolescentes responde a la necesidad de proteger a los individuos más vulnerables de posibles daños causados por acciones realizadas en el ámbito digital. Estos delitos se castigan por la distribución o difusión de contenidos que promueven, fomentan o incitan a estas conductas perjudiciales a través de internet u otros medios tecnológicos. La inclusión de estos delitos en la legislación busca prevenir el riesgo potencial de daño para la salud, la integridad y la dignidad de los menores, así como garantizar su protección en el entorno digital, donde pueden ser objeto de manipulación o explotación.

La medida también refleja la preocupación por la creciente incidencia de estos problemas entre la juventud y la necesidad de abordarlos desde una perspectiva legal para promover un uso seguro y responsable de la tecnología. En la actualidad, la mayoría de estos contenidos llegan a las personas afectadas a través de desafíos publicados en las plataformas y redes sociales que más utilizan. Algunos de estos son los desafíos conocidos como "Momo", "la Ballena Azul" o "Jonathan Galindo (el Goofy humano)", que para superarlos los participantes deben ir completando diversas pruebas de valentía, autolesivas e incluso el propio suicidio.³⁴ La inclusión de estos delitos en la legislación refleja la necesidad de abordar los desafíos emergentes en el ámbito digital y proteger a las personas de los peligros que pueden surgir en este entorno de la manera más extrema, es decir, tipificando dichas conductas en el CP.

³⁴ Esteban López, P., "El peligro de los retos virales de TikTok y sus límites legales», El País, 2021. (disponible en <https://elpais.com/economia/2021-08-25/el-peligro-de-los-retos-virales-de-tiktok-y-sus-limites-legales.html>)

En definitiva, considero que al tipificar estas conductas, la sociedad experimenta un sentimiento de tranquilidad y seguridad, a pesar de que la ocurrencia de dichos delitos continúe siendo una realidad constante. En otras palabras, la tipificación de estas conductas puede proporcionar un sentido de orden y control, al demostrar que se están tomando medidas para abordar los riesgos y proteger a la comunidad. Sin embargo, es importante reconocer que la existencia de leyes no garantiza la erradicación total de los comportamientos delictivos, ya que estos pueden continuar ocurriendo a pesar de las sanciones establecidas. Por lo tanto, aunque la tipificación de estos delitos pueda ofrecer cierto grado de seguridad percibida, es fundamental complementar estas medidas con estrategias efectivas de prevención, intervención y educación para abordar de manera integral el problema y mitigar su impacto en la sociedad.

6. OTRAS POSIBLES CRÍTICAS A LAS REFORMAS OPERADAS EN EL CÓDIGO PENAL POR LA LOPIVI.

Las modificaciones realizadas en el CP por la LOPIVI, si bien persiguen el loable objetivo de resguardar a los menores de edad de situaciones violentas, han suscitado una serie de críticas importantes y sustanciales, además de las ya mencionadas anteriormente sobre la manifestación de un Derecho Penal expansivo.

En primer lugar, el Art. 22.4 del CP incluye una circunstancia agravante relacionada con la comisión del delito motivado por discriminación hacia diversas categorías, como raza, religión, orientación sexual y la edad, entre otras. La adición de la edad como factor a considerar plantea nuevos retos en la interpretación y aplicación de esta circunstancia agravante, generando interrogantes sobre el período temporal de su aplicación, ¿desde qué edad y hasta cuándo?

Asimismo, el art. 148.3 (lesiones básicas agravadas) se modifica para elevar la edad de la agravación específica de doce a catorce años, “sin una explicación razonada, puesto que esta edad ni coincide con la minoría de edad civil ni se compadece con los dieciséis años que se

exigen para la toma en consideración automática del consentimiento.” Lloria García, P. (2022).³⁵

Otra cuestión que ha generado controversia es la conocida como “cláusula Romeo y Julieta”, introducida en el Art. 183 quater del Código Penal. Esta surge como una respuesta legislativa para abordar casos de relaciones sexuales con menores de dieciséis años. Esta disposición busca establecer un criterio que exima de responsabilidad penal en situaciones donde el consentimiento sexual es emitido por personas cercanas en edad y madurez física y psicológica, siempre que no haya abuso.³⁶

Sin embargo, la redacción de esta cláusula ha generado críticas en la doctrina legal. Se señala que su aplicación puede resultar ambigua y problemática, especialmente en casos donde se entrelazan situaciones de consentimiento, madurez y presencia de otros elementos delictivos, como la coacción o el engaño. A pesar de que se han realizado mejoras técnicas en la redacción para clarificar su alcance, persisten discrepancias sobre su aplicabilidad y eficacia en la protección de los menores en contextos de relaciones sexuales consentidas.

Además, se destaca la importancia de considerar otras figuras delictivas relacionadas, como el delito de acceso a menores a través de las tecnologías con fines sexuales, donde la presencia de coacción, intimidación o engaño invalida el consentimiento del menor. Esto plantea desafíos adicionales para la aplicación coherente de la cláusula Romeo y Julieta y resalta la necesidad de un enfoque más completo y claro en la protección penal de los menores en situaciones sexuales.

La Dra. María Concepción Molina Blázquez, Catedrática de Derecho Penal en la Universidad Pontificia Comillas, compartió conmigo su perspectiva sobre las modificaciones introducidas en el CP por la LOPIVI. La profesora Molina Blázquez manifestó lo siguiente:

³⁵ Lloria García, P., Universidad de Valencia, “LA LO 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA Y LA TRANSFORMACIÓN DEL CÓDIGO PENAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES”, 2022.

³⁶ González Tascón, M., “Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal”, Diario La Ley, Nº 9902, Sección Doctrina, 2021 (disponible en https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAC2NQQvCMAyFf429CLJNRTz0MncUER3eszZ0hdpom0737w1q4JE88iXvWTDNPb5ZG7Le0fKBEYLKc6Q433WfCiqGletqsTO1qFFguEDoyOi6_jo_YQ-DrhQli6mdZWJiCBfMgmy3Ko_0OsHkHbCn2EL6_fXW6q6vpNbNfrNv1IQpC6Bv3mFkVKN341HEPz4jJDOewaGW9HIXhlaQH-__pi3Mcj1wvH69MkF6B4wHCBjtP_cDqd0yFvMAAAA=WKE#16)

“Las reformas operadas en el CP por la LOPIVI pueden considerarse bienintencionadas, en la medida en que tratan de proteger a las personas menores frente a la violencia, pero hay tres aspectos destacables que obligan a afirmar que no son acertadas:

- I. La falta de técnica jurídica con la que se ha abordado la reforma de algunas de las normas olvidando su conexión con otras. Así, a título de ejemplo, la falta de coordinación de los artículos en los que se establece como pena accesoria la inhabilitación especial de profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades, sean retribuidas o no, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad (Arts. 39, 45 y 107), o los cambios que ha sufrido el perdón como causa de extinción de la responsabilidad penal (Arts. 130 y 215).
- II. Que no se hayan tenido en cuenta las implicaciones que la reforma del CP ha tenido respecto de los menores infractores en cuanto a la prescripción de los delitos en los que la víctima sea menor de edad. Así es, aunque deba valorarse positivamente que se haya incrementado a 35 años el momento en que comienzan a prescribir algunos de los delitos cometidos contra menores de edad, no haber establecido una norma específica para los menores que cometen dichos delitos produce el efecto de que los mismos puedan llegar a vivir muchos años pendientes de si serán denunciados o no lo que es contrario a lo establecido en el art. 40.2.b.III de la Convención de Derechos del Niño, además de crear enormes problemas prácticos, porque dichos infractores tendrían que ser juzgados conforme a lo establecido en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor.
- III. Que el legislador haya continuado con la tendencia de olvidar que los menores infractores son menores de edad y por ello están protegidos por la Convención de Derechos del niño y las normas que las desarrollan. En este sentido habría que criticar que la LOPIVI no haya abordado la modificación del art. 5.1 del RD 110/2015 para que no se registren las sentencias que condenan a menores de edad por los delitos contra la libertad sexual, pornografía y trata de seres humanos, normativa de la que las Observaciones finales a España del Comité de Derechos del Niño de 2018 piden revisión.”

En definitiva, la falta de técnica jurídica, la ausencia de consideración hacia las implicaciones en la prescripción de delitos cometidos por menores infractores y la insuficiente protección efectiva para este grupo vulnerable evidencian una necesidad de revisión más profunda y coordinada de la legislación. Es esencial que cualquier reforma legal en este ámbito tome en cuenta los principios y normativas internacionales que protegen los derechos de los menores, garantizando así una justicia equitativa y adecuada para este sector de la población.

CAPÍTULO III. CASOS PRÁCTICOS Y JURISPRUDENCIA

7. ESTUDIO DE CASOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES Y APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS MODIFICACIONES EN CASOS CONCRETOS.

En este apartado, se analizarán casos judiciales relevantes que hayan surgido después de la entrada en vigor de la LOPIVI y que estén relacionados con las modificaciones introducidas en el Código Penal y en otras importantes leyes relacionadas con el derecho penal como la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En primer lugar, cabe mencionar un auto emitido por la Audiencia Provincial de Tarragona³⁷ en el que se determina la competencia objetiva para el enjuiciamiento y fallo de la causa. En este caso, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular calificaron los hechos como un delito de agresión sexual del Art. 178 del CP, solicitando penas de prisión y medidas accesorias.

Tras analizar detenidamente las penas principales y accesorias interesadas por las acusaciones, la Audiencia señala que el delito de agresión sexual del Art. 178 del CP, conforme al Art. 33 del CP, es considerado un delito menos grave cuya penalidad máxima en abstracto no supera el límite a partir del cual la competencia correspondería a la Audiencia Provincial, de acuerdo con el Art. 14 de la LECrim.

³⁷ Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª). Auto núm. 209/2023, de 17 marzo de 2023. Cuestión de Competencia núm. 14/2022.

Se hace referencia a la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia contra la violencia. Esta reforma amplía tanto el ámbito de aplicación como la duración de la pena accesoria de prohibición de aproximación y comunicación a todos los delitos contra la libertad sexual, independientemente de las circunstancias del delito y con una duración potencial de hasta veinte años más que la duración de la pena principal de prisión.

Esto es lo que se afirma en el auto en cuestión: “Ello sin perjuicio de la naturaleza de dichas penas, que consideramos carentes de naturaleza autónoma, y que es lo que nos lleva, en relación con la también solicitada pena accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, prevista en el artículo 192.3 del Código Penal, a rechazar que la competencia corresponda a la Audiencia Provincial.

Ciertamente, a partir de la reforma operada por L.O 8/21, de 4 de junio, de protección integral de la infancia contra la violencia, se ha ampliado tanto el ámbito de aplicación como el de duración de dicha pena accesoria, a todos los delitos contra la libertad sexual, abstracción hecha de las circunstancias del delito, en particular del sujeto pasivo, y con esa duración potencial hasta veinte años superior a la duración de la pena mínima prevista para el título de imputación principal, implica -sin perjuicio de otras consecuencias-, el desplazamiento competencial del enjuiciamiento en todo caso a favor de las Audiencias Provinciales.

Así es, con la reforma citada, tanto para el caso de que dicha pena accesoria acompañe a delito grave como menos grave, su duración máxima en abstracto es de veinte años más que la pena principal de prisión a la que acompaña, y por tanto excede del límite que marca el Art. 14.3 de la LECrim a la hora de delimitar competencia entre Juzgado de lo Penal y Audiencia Provincial.”³⁸

Sin embargo, a pesar de esta ampliación, la Audiencia Provincial interpreta que la falta de naturaleza autónoma de dicha pena accesoria, vinculada siempre a la pena privativa de libertad, hace que no sea determinante para atribuir competencia a la Audiencia Provincial. En su lugar, sostiene que debe ser la pena principal privativa de libertad la que marque la atribución de la competencia objetiva al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia Provincial. Este

³⁸ *Ibid.*

criterio fue acordado por unanimidad en las Jornadas de Unificación de Criterios de las Audiencias Provinciales de Cataluña.

Por lo tanto, la Audiencia Provincial concluye que la competencia objetiva para enjuiciar y fallar la causa corresponde al Juzgado de lo Penal, y así lo notifica a las partes involucradas y al Juzgado que elevó la Consulta.

En el marco de un proceso judicial en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Parla, se emitió un auto que desencadenó un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid. Este recurso fue presentado por D. Jacobo y, posteriormente, desestimado. El auto en cuestión otorgó una orden de protección en favor de D^a. Berta, imponiendo restricciones significativas a D. Jacobo en cuanto a su aproximación y comunicación con ella, así como disposiciones relacionadas con la guarda y custodia del hijo menor y la manutención económica. Tanto el Ministerio Fiscal como la representación legal de D^a. Berta impugnaron el recurso. De particular relevancia es la disposición según la cual, en consonancia con la legislación vigente, se suspende el régimen de visitas y comunicaciones del padre con el menor, ante la presencia de indicios de violencia en los cuales el hijo menor ha estado involucrado, conforme al apartado 7º del Art. 544 ter de la LECrim, modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.³⁹

La utilidad de la Ley Orgánica 8/2021 se evidencia en su capacidad para proporcionar herramientas legales que permitan a los tribunales tomar decisiones que prioricen la seguridad y el interés superior del menor en casos de violencia familiar. En este sentido, la disposición que suspende el régimen de visitas y comunicaciones del padre con el menor en casos de indicios de violencia garantiza una protección efectiva para el menor, al tiempo que reconoce la importancia de prevenir posibles riesgos y daños adicionales.

Por lo tanto, este auto ilustra cómo la legislación puede adaptarse para abordar de manera más eficaz los desafíos y las necesidades específicas relacionadas con la protección de la

³⁹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27^a). Auto núm. 1589/2023, de 27 de septiembre de 2023. JUR 2024/28755. Recurso de Apelación núm. 1091/2023.

infancia frente a la violencia, lo que refuerza la importancia y la utilidad de la Ley Orgánica 8/2021 en la protección integral de los derechos de los menores en situaciones vulnerables.

Respecto a otro reciente caso, el Juzgado de Instrucción número 3 de Collado-Villalba dictó un auto de sobreseimiento provisional el 10 de febrero de 2023, en respuesta a unas actuaciones. La representación letrada del investigado Demetrio interpuso un recurso de apelación solicitando el sobreseimiento libre de las actuaciones, impugnado por el Ministerio Fiscal, el cual fue tramitado y deliberado por la Audiencia Provincial, con fecha de entrada el 30 de mayo de 2023 y fecha de deliberación el 6 de junio de 2023.⁴⁰

En los fundamentos de derecho, se establece que el Art. 779 de la LECrim. faculta al Juez para ordenar el sobreseimiento provisional o libre de las actuaciones, dependiendo de la justificación de la perpetración del hecho delictivo. Se destaca que la denuncia no garantiza automáticamente la apertura de un proceso penal, sino que el Juez debe motivar su decisión, evitando así procesos injustos.

Se hace referencia a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que enfatiza la necesidad de proteger a los menores en casos de violencia. Se argumenta que el sobreseimiento provisional no es apropiado en este caso, ya que existen indicios suficientes para continuar la investigación, especialmente considerando la gravedad de las acusaciones y la presunta vulnerabilidad del menor.

Se detalla el contexto de la denuncia, donde profesores de un colegio observaron lesiones en un menor y, tras una serie de interrogatorios, el menor confesó que su padre era el responsable de dichas agresiones. Se resalta la importancia de investigar a fondo estos casos para proteger a los menores.

En conclusión, se rechaza el recurso de apelación y se insta al Ministerio Fiscal a promover la reapertura de la investigación para esclarecer los hechos y proteger adecuadamente al menor involucrado.

⁴⁰ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª). Auto núm. 577/2023, de 7 junio de 2023. JUR 2023\410527. Recurso de Apelación núm. 658/2023.

En este caso, se evidencia la necesidad de garantizar una investigación exhaustiva en situaciones donde se presume la vulnerabilidad de un menor y la gravedad de las acusaciones. La decisión de rechazar el recurso de apelación y promover la reapertura de la investigación resalta la importancia de abordar con seriedad y diligencia los casos de presunta violencia contra los menores. La Ley Orgánica 8/2021 proporciona un marco legal sólido para tomar medidas efectivas en la protección de la infancia, lo que refuerza su utilidad en la búsqueda de la justicia y el bienestar de los menores en situaciones vulnerables.

Cabe destacar también el caso en el cual el Ministerio Fiscal apeló la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Reus, en el caso de presuntos delitos de maltrato habitual y malos tratos en el ámbito de la violencia de género, donde el acusado era Víctor Manuel. La sentencia absolvía a Víctor Manuel de los cargos, pero el Ministerio Fiscal alegó que se infringió el derecho a la prueba al no permitir la declaración de la presunta víctima, María Rosa, quien inicialmente había sido acusación particular y luego renunció durante el juicio. La Sala de Apelaciones acogió el recurso, declarando la nulidad de la sentencia y ordenando repetir el juicio con un juez diferente al que presidió el primer juicio. Este fallo se sustenta en la reforma de la LECrim, específicamente en la Ley Orgánica 8/21, que establece excepciones al otorgamiento de la dispensa de declarar, incluyendo a aquellos que hayan estado personados como acusación particular en algún momento del procedimiento.⁴¹

En Tarragona, el 28 de septiembre de 2021, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial revisó el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia emitida por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Tarragona el 10 de diciembre de 2020. Este caso surge del Procedimiento Abreviado 5/18 del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Valls, en el que David fue acusado de un presunto delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género.⁴²

⁴¹ Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª). Sentencia núm. 301/2022, de 7 noviembre de 2022. JUR 2023\157826. Recurso de Apelación núm. 626/2022.

⁴² Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª). Sentencia núm. 279/2021, de 28 septiembre de 2021. JUR 2022\117234. Recurso de Apelación núm. 565/202.

La sentencia apelada absolvió a David de los cargos que enfrentaba, declarando probado que no cometió el delito del que se le acusaba. El Ministerio Fiscal presentó recurso de apelación argumentando que el juicio debería declararse nulo, ya que la presunta víctima no fue debidamente informada de su deber de declarar y su testimonio no fue valorado adecuadamente junto con otros medios probatorios.

El recurso fue admitido a trámite, pero ninguna de las partes presentó alegaciones. La sentencia de apelación destaca que, dada la nueva legislación introducida por la Ley Orgánica 8/21 de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia, se modificó el Art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, excluyendo en todo caso la posibilidad de dispensa de testimonio a aquellos que hayan sido acusación particular en algún momento del procedimiento, como fue el caso de la presunta víctima en este juicio.

Por lo tanto, se declara la nulidad de la sentencia y se ordena la repetición del juicio, que deberá ser presidido por un juez distinto al que llevó a cabo el juicio anulado.

En este sentido, tanto en esta sentencia como en la anterior, la Ley Orgánica 8/2021 juega un papel crucial al fortalecer los mecanismos legales destinados a proteger a las víctimas de violencia de género y garantizar la efectividad de los procesos judiciales. Su aplicación en este caso específico demuestra su utilidad para corregir posibles irregularidades y asegurar la adecuada administración de justicia en casos sensibles como los de violencia de género.

Cabe hacer mención al auto emitido por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Cuarta, en el Rollo de Apelación penal No. 411/2023-1, el cual se refiere a un recurso de apelación interpuesto contra una medida cautelar de prisión provisional dictada por el Juzgado de Instrucción No. 1 de Reus en un caso de presunto delito de abuso sexual a una menor de edad, donde el acusado es padrastro de la víctima. La defensa del acusado argumentó la debilidad de la imputación y propuso medidas alternativas a la prisión. Sin embargo, la Audiencia confirmó la prisión provisional, destacando la existencia de indicios razonables de culpabilidad y la necesidad de proteger a la víctima, en línea con la jurisprudencia constitucional y la Ley Orgánica 8/21 de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia. Además, se enfatizó la importancia de preservar la privacidad de los menores involucrados, en cumplimiento con normativas internacionales y nacionales sobre protección

de datos personales. En el mismo auto se afirmó lo siguiente: “Los artículos 19 y ss del Estatuto de la Víctima y, de forma particular, respecto a víctimas especialmente vulnerables imponen obligaciones positivas (no meras recomendaciones), de garantizar un nivel adecuado de protección que en el caso se traduce en la necesidad de limitar el principio de integridad informativa de las resoluciones judiciales, del mismo modo que aparece plasmado en la LO 8/21 de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia”.⁴³

A través de estos autos y sentencias, se evidencia cómo la legislación actual proporciona herramientas legales para abordar de manera efectiva situaciones delicadas, como los delitos contra la libertad sexual, la violencia de género y el abuso infantil.

Los casos estudiados reflejan la importancia de garantizar la protección de las víctimas, especialmente de los menores, y cómo la Ley Orgánica 8/2021 ha fortalecido los mecanismos legales para lograr este objetivo. Desde la atribución de competencia judicial hasta la adopción de medidas cautelares y la protección de la privacidad de los menores involucrados, la legislación actual ha demostrado su relevancia y utilidad en la búsqueda de la justicia y el bienestar de los más vulnerables en nuestra sociedad.

Estos casos jurisprudenciales también subrayan la importancia de una aplicación diligente y sensible de la ley por parte de los tribunales, así como la necesidad de seguir avanzando en la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En este sentido, la Ley Orgánica 8/2021 representa un paso adelante en la construcción de un marco legal más sólido y efectivo para garantizar un entorno seguro y protector para los menores en España.

CAPÍTULO IV. DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS FUTURAS

8. IDENTIFICACIÓN DE DESAFÍOS PENDIENTES

⁴³ Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª). Auto núm. 271/2023, de 16 de mayo de 2023. Recurso de Apelación núm. 411/2023.

Según la Organización Mundial de la Salud, “uno de cada dos niños y niñas de entre 2 y 17 años sufren algún tipo de violencia cada año” (OMS, 2020). “Casi 3 de cada 4 niños de entre 2 y 4 años (unos 300 millones) sufren con regularidad castigos corporales o violencia psicológica de la mano de padres o cuidadores” (OMS, 2022)⁴⁴. Con estas afirmaciones quiero mostrar que las cifras no disminuyen con los años pese a la implementación de nuevas leyes orgánicas y nuevas medidas. La violencia infantil sigue siendo un problema persistente en nuestras vidas. En otras palabras, a lo largo de los años, a pesar de los esfuerzos por parte de gobiernos y organizaciones internacionales, la violencia contra los niños y niñas sigue estando presente en diferentes formas y contextos y debemos hacer todo lo que esté en nuestras manos para reducirla.

Es importante tener en consideración que la violencia infantil es un problema complejo y multifacético que requiere un enfoque integral y colaborativo para abordarlo de manera efectiva. Esto implica no solo la aplicación rigurosa de leyes y políticas, sino también la promoción de la educación, la sensibilización y el cambio cultural para crear entornos seguros y protectores para todos los niños y niñas.

La protección de los menores contra la violencia es uno de los objetivos de la Agenda 2030: “Durante la formulación de la Agenda 2030 los propios niños pidieron explícitamente que se incluyera la eliminación de la violencia. Destacaron que la violencia trasciende a muchos Objetivos de Desarrollo, pero además debe considerarse como una prioridad independiente. Al incluir la meta 16.2 de los ODS (poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños), la Agenda 2030 situó por primera vez la dignidad de la infancia y su derecho a vivir sin temor ni violencia como una prioridad en la agenda internacional de desarrollo. La Agenda 2030 y los ODS constituyen una oportunidad única para hacer realidad el derecho de todos los niños y las niñas a vivir sin temor ni violencia, como está consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño.”⁴⁵

Es por ello que en España se aprobó en 2021 la LOPIVI para reforzar dicha protección. Esta ley marca un cambio de enfoque al reconocer que la prevención es

⁴⁴ Organización Mundial de la Salud, “Maltrato Infantil”, 2022 (disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment>)

⁴⁵ Naciones Unidas, Representante Especial sobre la Violencia contra los Niños, “Los derechos del niño en la Agenda 2030” (disponible en <https://violenceagainstchildren.un.org/es/content/los-derechos-del-ni%C3%B1o-en-la-agenda-2030>)

fundamental para combatir la violencia contra los menores. Al año siguiente, en noviembre de 2022, se adoptó la Estrategia de Erradicación de la Violencia contra la Infancia y Adolescencia (EEVIA), diseñada como una guía para implementar a todos los niveles las disposiciones de la LOPIVI.⁴⁶

Entre otras medidas, ambas legislaciones buscan proporcionar atención integral a las víctimas y especializar el sistema judicial en casos de violencia contra los menores. De hecho, la LOPIVI estableció la obligación para el Gobierno de presentar, dentro de un año desde su entrada en vigor, un proyecto de ley destinado a concretar esta especialización.

Si bien la LO 8/21 establece disposiciones importantes para la protección de los menores, es fundamental garantizar que las medidas previstas en la ley se apliquen de manera coherente y adecuada en todos los niveles, desde la prevención hasta la intervención judicial.

La efectividad de cualquier marco legal depende en gran medida de los recursos y capacidades disponibles para su aplicación. Es esencial asegurar que las instituciones pertinentes cuenten con los recursos adecuados, incluidos el personal capacitado y el financiamiento suficiente, para cumplir con las disposiciones de la ley y brindar el apoyo necesario a las víctimas.

Asimismo, la protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia requiere una coordinación efectiva entre múltiples actores, incluidos los servicios sociales, la policía, el sistema judicial y las organizaciones de la sociedad civil. Es fundamental mejorar la cooperación y coordinación entre estas entidades para garantizar una respuesta integral y coordinada a las situaciones de violencia infantil.

A pesar de los esfuerzos realizados, la sensibilización sobre la violencia infantil y los mecanismos de prevención siguen siendo áreas que requieren atención continua. Es esencial promover una mayor conciencia pública sobre los derechos de los niños y niñas, así como

⁴⁶ Save the Children, "POR UNA JUSTICIA A LA ALTURA DE LA INFANCIA", Análisis de sentencias sobre abusos sexuales a niños y niñas en España, 2023 (disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2023-11/Por_una_justicia_a_la_altura_de_la_infancia_STC_2023.pdf)

sobre los signos y consecuencias de la violencia, a fin de prevenir su ocurrencia y fomentar una cultura de protección infantil.

En adición, se debe tener en cuenta la existencia de grupos específicos de niños, niñas y adolescentes que enfrentan un mayor riesgo de violencia y que requieren una atención especializada, como los niños migrantes, refugiados, con discapacidades o pertenecientes a minorías étnicas. Es necesario garantizar que las medidas de protección sean inclusivas y aborden las necesidades particulares de estos grupos vulnerables.

En definitiva, la identificación y abordaje de estos desafíos pendientes son fundamentales para progresar en la protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia. Se requiere un compromiso continuo por parte de las autoridades, la sociedad civil y la comunidad en general para garantizar un entorno seguro y saludable para todos los niños, niñas y adolescentes.

9. PROPUESTAS DE MEJORA Y DESARROLLO FUTURO

Es crucial identificar propuestas concretas que permitan mejorar y fortalecer la protección integral a la infancia y la adolescencia en España. Estas deben abordar aspectos clave como la implementación efectiva de la ley, la coordinación interinstitucional, la prevención y sensibilización, la detección precoz y la atención especializada, la creación de entornos seguros e inclusivos, la formación de profesionales y el seguimiento y evaluación de las medidas adoptadas.

Una mejora que se está llevando a cabo actualmente es la implementación y extensión del modelo Barnahus en España (Casa de los Niños en islandés), un modelo de atención integral donde todas las instituciones que intervienen en un caso de abuso sexual infantil se coordinan y trabajan bajo el mismo techo para atender al niño o niña víctima para evitar la victimización secundaria.⁴⁷

Permite la grabación del testimonio de la víctima en un entorno amigable, con tecnología adecuada y profesionales altamente capacitados, evitando que el niño o niña tenga que repetir

⁴⁷ *Ibid.*

su testimonio varias veces. La implementación de este modelo en España se basa en evidencia y directrices internacionales, como los estándares del Consejo de Europa y las Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. Desde la apertura de la primera Barnahus en 2020 en Tarragona, varias comunidades autónomas, como Andalucía, Euskadi, Cantabria, Comunitat Valenciana, Comunidad de Madrid, Islas Baleares y Navarra, están adoptando este modelo.

Además, un proyecto conjunto de la Unión Europea y el Consejo de Europa tiene como objetivo mejorar el marco legislativo y de políticas públicas para introducir el modelo Barnahus en todas las comunidades autónomas españolas entre 2022 y 2024.

En el ámbito judicial, es crucial abordar diversos aspectos para garantizar un tratamiento adecuado y efectivo en casos de violencia contra la infancia y adolescencia, conforme a la LOPIVI. Estas son algunas propuestas de mejora y desarrollo futuro para la protección integral a la infancia desde una perspectiva penal:

En primer lugar, implementar programas de formación continua y especializada para jueces, fiscales y demás operadores jurídicos en el ámbito de la protección de la infancia. Esto garantizará una mejor comprensión de las necesidades y derechos de los niños y niñas en el sistema judicial. En adición, sería de gran ayuda destinar más recursos financieros y humanos para fortalecer las unidades especializadas en delitos relacionados con la infancia en fiscalías y juzgados, garantizando una atención adecuada y eficaz a las víctimas infantiles. Un ejemplo sería implementar equipos técnicos especializados para asistir a los juzgados (conformados por profesionales expertos en áreas como psicología, trabajo social, educación, entre otras), contribuyendo a prevenir sesgos cognitivos y aportar una perspectiva multidisciplinar que complemente la visión jurídica en la evaluación de los casos.

Asimismo, se deberían constituir oficinas de Asistencia a la Víctima del Delito, como órgano coordinador de recursos de protección y prevención de dualidades de actuación profesional e implementar el modelo Barnahus, garantizando estándares de calidad para prevenir la victimización secundaria y realizar la prueba preconstituida; así como garantizar

coordinación y discernimiento de competencias entre los juzgados civiles de familia, juzgados de violencia contra la mujer y juzgados de menores

También es crucial un Informe de seguimiento de la LOPIVI. La Comisión de Seguimiento debe emitir un informe sobre la implementación, repercusiones jurídicas y económicas, así como una evaluación de impacto de la LOPIVI en un plazo máximo de dos años desde su aprobación, para ajustar su implementación a las necesidades y tendencias en la violencia contra la infancia y adolescencia. Es esencial revisar y actualizar la legislación penal para garantizar una protección efectiva de los derechos de los niños y niñas, así como para establecer sanciones adecuadas y proporcionales para los agresores.

Por último, como bien se recoge a lo largo de la LOPIVI, es importante diseñar campañas de sensibilización y prevención dirigidas a la sociedad en general, con énfasis en la detección temprana de situaciones de riesgo y la promoción de entornos seguros y libres de violencia para los niños y niñas.

Cabe también mencionar que, a diferencia de otras normativas, como la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁴⁸ (LOPJM) o la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴⁹ (LOMPIVG), la LOPIVI no establece claramente los límites de actuación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El hecho de que la LOPIVI deba interpretarse y aplicarse "sin perjuicio de las competencias" asumidas por las CC.AA. plantea la necesidad de delimitar adecuadamente los diversos títulos competenciales implicados. Según Borja Sánchez Barroso, Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pontificia Comillas, dos estrategias sugeridas para abordar esta problemática incluyen el uso del artículo 39.4 de la Constitución Española⁵⁰ (el cual establece un mandato específico a los poderes públicos de asegurar que los niños gocen «de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», como la CDN) como pauta de interpretación y la aplicación del principio de proporcionalidad para el deslinde de

⁴⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

⁴⁹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

⁵⁰ Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

competencias sobre protección de infancia y adolescencia. Estos criterios pueden ayudar a analizar y evaluar las normativas establecidas por la LOPIVI y las normas autonómicas posteriores para determinar su adecuación competencial.⁵¹

Estas propuestas pueden contribuir al fortalecimiento del marco legal y de actuación en materia de protección integral a la infancia, asegurando la efectividad de las medidas adoptadas y la garantía de los derechos de los niños y niñas.

⁵¹ Sanchez Barroso, B., “LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DESDE UN PUNTO DE VISTA COMPETENCIAL: EVOLUCIÓN Y LÍMITES TRAS LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO”, 2022.

CONCLUSIONES

El presente trabajo ha abordado el impacto de la Ley Orgánica 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (LOPIVI) en el Código Penal. A lo largo de este estudio, se ha examinado detalladamente la estructura y contenido de la ley, así como las principales novedades y modificaciones introducidas en el ordenamiento jurídico español.

En virtud de las modificaciones introducidas en el CP, se observa una significativa revisión y actualización en diversas áreas legales con el fin de abordar de manera más efectiva las problemáticas emergentes y garantizar una mayor protección a los menores.

Una de las principales reformas se centra en la regulación de los delitos de odio, donde se incorpora la edad como causa de discriminación, así como la aporofobia o desprecio hacia las personas pobres y la exclusión social, abordando así conductas que atentan contra la igualdad y la dignidad humana.

Asimismo, se amplía el período de prescripción para los delitos más graves cometidos contra menores de edad, estableciendo que dicho período se contará a partir de que la víctima haya cumplido los treinta y cinco años de edad, lo que busca garantizar un mayor acceso a la justicia y una adecuada reparación para las víctimas.

En un esfuerzo por garantizar una respuesta legal más contundente frente a los delitos sexuales, se llevan a cabo reformas que van desde la eliminación del perdón como causa de extinción de la responsabilidad penal en casos donde la víctima sea menor de dieciocho años, hasta la ampliación de la tipificación de conductas delictivas y la limitación del efecto de extinción por consentimiento del menor en ciertos casos específicos.

Además, se establece como obligatoria la imposición de la pena de privación de la patria potestad en casos de homicidio, cuando el autor y la víctima tengan en común un hijo o una hija, así como cuando la víctima sea hijo o hija del autor, lo que busca proteger el interés superior del menor y garantizar su bienestar en situaciones de extrema gravedad.

Importante mencionar también la creación de una nueva categoría de delitos relacionados con el uso indebido de tecnologías de la información y la comunicación, como la promoción de

conductas autodestructivas entre menores, con el objetivo de prevenir y sancionar aquellas conductas que representen un riesgo para la salud y el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

En suma, estas reformas representan un importante avance en la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas, así como en la adaptación del marco legal a los desafíos y realidades sociales y tecnológicas del siglo XXI.

Se ha destacado la importancia de la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, así como la necesidad de adaptar el marco legal a los nuevos desafíos y realidades sociales. Además, se ha analizado el enfoque preventivo de la LOPIVI y se han discutido posibles críticas y desafíos pendientes en relación con las reformas operadas en el CP.

Por un lado, hay consenso en que el enfoque preventivo de las modificaciones es fundamental para proteger los derechos de los menores y adolescentes, abordando de manera específica cuestiones como el acoso escolar, la violencia digital y el abuso infantil. Expertos destacan que la LOPIVI representa un avance significativo en esta protección integral y se apoyan en la importancia de medidas educativas y formativas para el buen uso de internet por parte de los jóvenes.

Por otro lado, existe una minoría crítica que señala preocupaciones sobre la configuración de un bien jurídico abstracto en los delitos introducidos, la técnica de peligro hipotético utilizada en su tipificación y la proporcionalidad de las penas establecidas. Algunos expertos consideran que estas medidas podrían representar una expansión excesiva del derecho penal, adelantando barreras punitivas y sacrificando garantías ciudadanas en nombre de la seguridad colectiva.

En última instancia, la aspiración al "riesgo cero" en la legislación penal plantea interrogantes sobre la viabilidad y realismo de este objetivo, especialmente en un contexto de avances tecnológicos y cambios sociales constantes. Si bien la tipificación de delitos de peligro hipotético puede proporcionar un sentido de orden y control, es importante complementar estas medidas con estrategias de prevención, intervención y educación para abordar de

manera integral los desafíos emergentes en el ámbito digital y garantizar la protección de los menores y adolescentes.

Asimismo, se ha llevado a cabo un estudio de casos jurisprudenciales relevantes y se ha examinado la aplicación práctica de las modificaciones introducidas por la LOPIVI en casos concretos. A través de estos casos prácticos, se ha podido evaluar la efectividad de las reformas legales y su impacto en la justicia penal.

La jurisprudencia refleja cómo LOPIVI ha fortalecido los mecanismos para proteger a las víctimas de delitos como la violencia de género, los abusos sexuales y el maltrato infantil. La atribución de competencia judicial, la adopción de medidas cautelares y la protección de la privacidad de los menores son aspectos cruciales abordados por la legislación actual, lo que demuestra su relevancia en la búsqueda de la justicia y el bienestar de los más vulnerables en la sociedad.

La aplicación diligente y sensible de la ley por parte de los tribunales es fundamental para asegurar la protección efectiva de las víctimas, destacando la importancia de seguir avanzando en la protección de sus derechos frente a la violencia. Por lo tanto, La Ley Orgánica 8/2021 representa un avance significativo en la construcción de un marco legal más sólido y efectivo para garantizar un entorno seguro y protector para los menores en España, lo que subraya la importancia de su implementación y aplicación adecuadas en la práctica judicial.

Finalmente, se han identificado desafíos y perspectivas futuras en el ámbito de la protección integral a la infancia, así como se han propuesto posibles mejoras y líneas de desarrollo futuro. Es fundamental seguir trabajando en la promoción de una justicia adaptada a las necesidades de los menores, así como en la prevención de la violencia y delitos contra la infancia y la adolescencia, porque, como bien afirmó Nelson Mandela *“Nada revela mejor el alma de una sociedad que la forma en la que se trata a los niños”*.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta de Madrid núm. 260, de 17 de noviembre de 1882).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 enero de 1996).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000).

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

2. JURISPRUDENCIA

Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 209/2023, de 17 marzo. Cuestión de Competencia núm. 14/2022.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 1589/2023, de 27 de septiembre. JUR 2024/28755.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 577/2023, de 7 junio. JUR 2023\410527.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 301/2022, de 7 noviembre. JUR 2023\157826.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 279/2021, de 28 septiembre. JUR 2022\117234.

Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 271/2023, de 16 de mayo.

3. OBRAS DOCTRINALES

Bustos Rubio, M., *Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal*, 2017.

Guimerá Ferrer-Sama, R., Editorial Jurídica Sepín, *Las principales reformas penales introducidas por la nueva Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, 2021.

Institut de Formació Contínua-IL3. Universitat de Barcelona, “Los logros y los retos de la Ley 8/2021, de Protección a la Infancia y la Adolescencia”, 2021 (disponible en <https://www.il3.ub.edu/noticias/los-logros-y-los-retos-de-la-ley-82021-de-proteccion-la-infancia-y-la-adolescencia>; última consulta 23/03/2024).

Lloria García, P., Universidad de Valencia, “LA LO 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA Y LA TRANSFORMACIÓN DEL CÓDIGO PENAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES”, 2022.

Sanchez Barroso, B., “LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DESDE UN PUNTO DE VISTA COMPETENCIAL: EVOLUCIÓN Y LÍMITES TRAS LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO”, 2022.

4. RECURSOS DE INTERNET

Coteño Muñoz, A., “¿Qué cambios introduce la nueva Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia?”, 2021 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2021/07/16/que-cambios-introduce-la-nueva-ley-organica-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>; última consulta 27/01/2024)

Iberley Información Legal, S.L. “La protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, 2021 (disponible en <https://www.iberley.es/revista/analisis-torno-regimen-custodia-visitas-menores-afectados-violencia-genero-401>)

Noticias Jurídicas, “Claves de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, 2021 (disponible en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16351-claves-de-la-lo-8-2021-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>; última consulta 23/03/2024)

Chaves Carou, M., Diario La Ley, Nº 10016, Sección Tribuna, “Participación en las autolesiones”, 2022 (disponible en [Análisis del nuevo artículo 156 ter del Código Penal](#))

Rius, M., La Vanguardia, “Riesgo cero, una aspiración peligrosa”, 2021 (disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20210515/7453894/riesgo-cero-peligroso-danino.html>)

Notas Jurídicas, “Delitos de peligro abstracto en el Código Penal español y la jurisprudencia”, 2012 (disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4756-delitos-de-peligro-abstracto-en-el-codigo-penal-espanol-y-la-jurisprudencia-/>; última consulta 25/03/2024)

Esteban López, P., “El peligro de los retos virales de TikTok y sus límites legales», El País, 2021. (disponible en <https://elpais.com/economia/2021-08-25/el-peligro-de-los-retos-virales-de-tiktok-y-sus-limites-legales.html>)

González Tascón, M., “Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal”, Diario La Ley, Nº 9902, Sección Doctrina, 2021 (disponible en [Organización Mundial de la Salud, “Maltrato Infantil”, 2022 \(disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment>\)](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAABAAEAC2NQQvCMAyFf429CLJNRTz0MncUER3eszZ0hdpom0737w1q4JE88iXvWTDNpb5ZG7Le0fKBEYLKc6Q433WfCiqGIetqsTO1qFFguEDoyOi6_jo_YQ-DrhQli6mdZWJiCBfMgmy3Ko_0OsHkHbCn2EL6_fXW6q6vpNbNfrNv1IQpC6Bv3mFkVKN341HEPz4jJDOewaGW9HIXhlaQH-_pi3Mcj1wvH69MkF6B4wHCBjtP_cDqd0yFvMAAAA=WKE#I6)</p></div><div data-bbox=)

Naciones Unidas, Representante Especial sobre la Violencia contra los Niños, “Los derechos del niño en la Agenda 2030” (disponible en <https://violenceagainstchildren.un.org/es/content/los-derechos-del-ni%C3%B1o-en-la-agenda-2030>)

Save the Children, “POR UNA JUSTICIA A LA ALTURA DE LA INFANCIA”, Análisis de sentencias sobre abusos sexuales a niños y niñas en España, 2023 (disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2023-11/Por_una_justicia_a_la_altura_de_la_infancia_STC_2023.pdf)