

REFORMAS PENALES Y POLÍTICA CRIMINAL EN LA PROTECCIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES. EL PROYECTO DE 2013

Julia Roperó Carrasco
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: En este trabajo, a propósito de las modificaciones propuestas en torno a la protección de la indemnidad sexual de los menores en el Proyecto de Reforma del Código penal, de 2013, se realiza un análisis crítico sobre la política criminal imperante que parece exigir un endurecimiento progresivo de la intervención penal, esencialmente a través de dos medidas: la elevación de la edad del consentimiento sexual y la ampliación de los tipos relativos a la pornografía infantil.

Palabras clave: Abusos sexuales sobre menores, protección de la indemnidad sexual, edad del consentimiento, pornografía infantil.

Abstract: This research presents, concerning the proposed modifications about the protection of minors' sexual indemnity in the Reform of the Criminal Code Project of 2013, an analysis about the prevailing criminal

policy that seems to demand a progressive hardening of criminal intervention, essentially through two actions: raising the age of sexual consent and expanding the types relating to child pornography.

Key words: Child sexual abuse, protection of sexual indemnity, age of consent, child pornography.

Sumario: I. Planteamiento de problemas. II. El endurecimiento de la respuesta penal frente a los abusos de menores y la extensión de la pornografía infantil. Debate sobre su justificación. 1. El incremento de los abusos sexuales y de las conductas relacionadas con la pornografía infantil. 2. La lesividad en los delitos de abuso sexual de menores y de pornografía infantil. 3. El bien jurídico protegido en los delitos de abusos sexuales a menores. III. La elevación de la edad del consentimiento sexual. 1. El modelo vigente de protección de la indemnidad de los menores. 2. Las reformas propuestas por el Proyecto de 2013 acerca de la edad de consentimiento sexual. 3. Valoración de la propuesta de Reforma de 2013 sobre la edad del consentimiento sexual. IV. Las reformas en materia de pornografía infantil. 1. La regulación vigente desde 2010. 2. Fases en la evolución hacia una línea político criminal punitivista. 3. El Proyecto de Reforma de 2013 y la pornografía infantil: mayor intervención penal e inaceptable confusión. V. Conclusiones y valoración final.

I. Planteamiento de problemas

La exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el Código penal, de octubre de 2013, es equívoca al anunciar las reformas referidas a la protección de la indemnidad de los menores, porque, en primer lugar, las presenta como modificaciones en los delitos contra la libertad sexual, rehuendo la utilización de la más adecuada expresión “contra la libertad o indemnidad”, que sería más apropiada, ya que la mayoría de las modificaciones propuestas se refieren a conductas que agreden esencialmente la indemnidad de los menores. El hecho de que en algún precepto se haya eliminado la referencia al atentado a la indemnidad podría sugerir un distanciamiento del legislador de la política criminal que pone el acento en la necesidad de protección de este interés, algo que más adelante revisaremos críticamente.

Por otra parte, la exposición de motivos del Proyecto explica que las reformas en esta materia obedecen al propósito de llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, abonando la impresión de que se trata de una medida imprescindible para adaptar nuestra legislación a los compromisos internacionales. Sin embargo, si se contemplan los distintos instrumentos internacionales, especialmente los europeos, tanto los derivados del Consejo de Europa (el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, de Budapest, de 2001, o el Convenio de Lanzarote, contra el abuso y la explotación sexual de los niños, de 2010), como los de la Unión Europea (Decisión Marco de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil y la Directiva de 2011) y se ponen en relación con las reformas incorporadas a nuestro Código Penal, concretamente las de 1999, 2003 y 2010, es fácil comprobar que la mayoría de las adaptaciones preceptivas en este ámbito ya se habían llevado a cabo en España: se había dado un tratamiento autónomo a los delitos sexuales contra menores de trece años, elevando significativamente las penas; se había añadido la conducta del ciberacoso; y se habían tipificado casi con exhaustividad las conductas relativas a la pornografía infantil, incluyendo no sólo la posesión de la pornografía para el propio consumo, sino también la pornografía virtual elaborada sin intervención directa de menores (empleando sus voces o imágenes alteradas), que no era una modalidad de incorporación obligatoria según los tratados internacionales, optándose de este modo por una política criminal más represiva.

Tampoco resulta acertado señalar como “novedad más importante” la elevación de la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años, manteniendo que la edad prevista en nuestro Código es la de trece años, “muy inferior” a la de los restantes países europeos, favoreciendo así la impresión de que nuestra legislación desatiende la protección de los menores en el ámbito sexual, algo que no es cierto, y que expresado de esta forma puede contribuir al fortalecimiento de una línea populista represiva que

exige de manera irreflexiva endurecimientos indefinidos en la intervención penal.

En este sentido, es preciso advertir desde este momento que el Capítulo II bis del Título VIII, referido a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, no es el único que contempla la protección de los menores frente a delitos sexuales. Con carácter general, el artículo 181 castiga los abusos sexuales cometidos por prevalimiento de una situación de superioridad, circunstancia que ha venido siendo apreciada en aquellos casos de diferencia de edad entre el agresor y la víctima, y que puede ser aplicada a los abusos sobre menores de edad. Por otra parte, este mismo artículo prevé como circunstancia agravatoria, para todas las modalidades tipificadas, la 3ª del art. 180, que contiene una referencia a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad. Además, el artículo 182 se refiere expresamente al abuso realizado con engaño sobre un mayor de trece y menor de dieciséis y el artículo 189.4 castiga como corrupción de menores el “hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste”, extendiéndose así la protección hasta los dieciocho años. En los delitos referidos a la prostitución y a la pornografía infantil, nuestra ley penal alude en todo caso al menor, por lo que, al no mencionar una edad específica, habrá que interpretar que se trata del menor de edad con carácter general, es decir, el menor de dieciocho años.

En definitiva, esta reflexión inicial a partir de la exposición de motivos suscita esencialmente dos impresiones:

- Que la Reforma presenta como novedades algunas medidas que en principio no parece que sean tales.
- Que la Reforma incorpora otras medidas endurecedoras de la intervención penal, que sí son claramente novedosas, alegando obligaciones internacionales que sin embargo ya estaban satisfechas (y lo que se añade ahora son delitos cuya tipificación no era preceptiva, sino facultativa), por lo que de manera al menos discutible

el Proyecto ha optado por la línea político criminal más represiva.

En consonancia con esta hipótesis de partida, los objetivos de esta investigación son dos: comprobar hasta qué punto las modificaciones propuestas, esencialmente la referida a la elevación de la edad del consentimiento, eran necesarias en el sentido explicado en la exposición de motivos y valorar si aquellas reformas que claramente representan un endurecimiento de la intervención, incorporando nuevos tipos, son adecuadas.

No resulta posible acometer en este marco un estudio sosegado de cada uno de los preceptos que se ha visto afectado, ni tampoco tiene sentido hacer una simple revisión general que impida atender con un mínimo detenimiento las cuestiones más importantes. Lo que haremos, por tanto, es circunscribir nuestro análisis a los siguientes aspectos:

- En la medida en que los cambios propuestos consolidan una línea política criminal más represiva, que ya había inspirado las reformas de 1999, 2003 y 2010 con la incorporación de nuevos delitos y un considerable aumento de las penas, procede plantearse, aunque sólo sea brevemente, la legitimidad de esta expansión del ius puniendi. En esta reflexión resulta decisiva la determinación de la lesividad de estos comportamientos y la concreción del bien jurídico defendido, como elementos esenciales de la razón de la intervención penal.
- También merece un análisis específico la reforma anunciada como “novedad más importante”, y que se presenta como una medida de armonización con el Derecho europeo, consistente en elevar la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. Por ejemplo, es preciso decidir si, con independencia de que dicha presentación sea o no del todo correcta, la forma concreta en la que la reforma se ha efectuado contribuye a clarificar las bases jurídico penales de la

protección del menor, sobre las que parece existir una cierta controversia o, por el contrario, añade nuevos problemas.

- Por último, es preciso revisar críticamente las reformas llevadas a cabo en el ámbito de los delitos relativos a la pornografía infantil, con la incorporación de una definición muy amplia de lo que se entiende por material pornográfico, que repercute en una ampliación considerable de las conductas prohibidas.

Comencemos por el primer objetivo apuntado.

II. El endurecimiento de la respuesta penal frente a los abusos de menores y la extensión de la pornografía infantil. Debate sobre su justificación

Entre otras razones, hay dos de mayor peso para fundamentar la agravación de la intervención penal, se concrete ésta en la incorporación de nuevos delitos o en el aumento de las penas: una, cuando teniendo en cuenta el valor y significado del bien jurídico se observe que la regulación vigente y las penas previstas no responden de forma adecuada a la lesividad de las conductas agresoras; otra, cuando existen datos para sostener de manera fundada que dicha regulación no está funcionando correctamente, en la medida en que la criminalidad experimenta una significativa tasa de aumento que no decrece tras una razonable aplicación del Derecho Penal.

¿Se cumplen estas dos premisas en la delincuencia contra la indemnidad de los menores de modo que podamos saludar la expansión del Derecho Penal o estaremos ante un caso de populismo punitivo que aboga por un endurecimiento indefinido que desoye las garantías que limitan el ius puniendi en un Estado de Derecho? Esta pregunta no es superflua y debería encabezar cualquier reflexión sobre las reformas penales en un momento en el que claramente ha tomado fuerza en el debate público la apuesta por la intervención penal, petición que parece haber sido escuchada por gobiernos de distinto signo político. Las cautelas de

una buena parte de los penalistas frente a la reacción punitivista son comprensibles: en ocasiones, las peticiones populares parten de un considerable desconocimiento de la legislación y del sistema judicial y penitenciario; de un análisis no sosegado de la realidad criminal que lleva a conclusiones discutibles; de un olvido de los costes de la aplicación del Derecho Penal y de la limitación de su alcance... En definitiva, lo que realmente sería un fracaso es que el incremento de la intervención penal (con sus costes en todos los sentidos, humano, social y económico) no respondiera a un problema real, o que contribuyera a crear aún mayor confusión, sin que a la larga aportara bien alguno a la sociedad.

El Convenio de Lanzarote de 2010, del Consejo de Europa, considera constatado que “la explotación sexual de los niños, en particular la pornografía y la prostitución infantil, y todas las formas de abuso sexual infantil, incluidos los actos cometidos en el extranjero, ponen en grave peligro la salud y el desarrollo psicosocial del niño” y “que la explotación y el abuso sexual de los niños han adquirido dimensiones preocupantes tanto a nivel nacional como internacional, especialmente por lo que respecta al uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por los propios niños y por los infractores”. Con ello, se reafirmaría la constatación de las dos premisas a las que aludíamos más arriba: que los delitos de abuso y pornografía infantil poseen una significativa lesividad que ha de tener una respuesta punitiva adecuada y que cabe presuponer que, sin llegar a esperar un perfecto funcionamiento del sistema penal, algo está fallando ante la dimensión alcanzada por los casos de abusos sexuales de menores y de propagación de la pornografía infantil.

Veamos de forma separada estas dos cuestiones, comenzando por la última de ellas.

1. El incremento de los abusos sexuales y de las conductas relacionadas con la pornografía infantil

La elevada atención que algunos casos relacionados con abusos y agresiones sexuales sobre menores ha recibido por parte

de algunos medios de comunicación (caso de la niña Mari Luz, Marta del Castillo, Natascha Kampusch, etc.), la sobre exposición favorecida incluso por familiares y allegados en supuestos concretos, el tratamiento amarillista otorgado por algunos espacios de la comunicación y el entretenimiento, el aumento de noticias relacionados con estos hechos en general, dificulta valorar con rigor si realmente asistimos a un aumento de los abusos sobre menores y la tasa de delincuencia en este ámbito es tan amplia, o si esta percepción está distorsionada.

Sin embargo, una revisión sosegada de la información recogida en la prensa más seria, tanto nacional como internacional, da cuenta de que, siendo cierto que en las dos últimas décadas se está prestando una mayor atención informativa a este fenómeno, las noticias se refieren a dos hechos contrastados:

- Por un lado, la extensión de una corriente de denuncia y exigencia de asunción de responsabilidades frente a numerosos casos de abusos cometidos de manera sistemática durante décadas en ámbitos en los que los menores han estado en situación de vulnerabilidad, como las escuelas, las instituciones religiosas, centros de acogida y tutela, centros de formación deportiva, Boy Scouts... Todas las investigaciones llevadas a cabo señalan una conclusión inquietante: que los abusos a menores no son un fenómeno nuevo, sino que se trata de una realidad presente históricamente en nuestras sociedades, en muchas ocasiones silenciada, frente a la que se ha generado un movimiento de reacción.
- Por otra, el aumento de noticias referidas a investigaciones policiales y detenciones relacionadas con redes de pederastia y de pornografía infantil, de gran peligrosidad por su potencial criminal, al estar organizadas y extendidas por diversos países, y por el gran número de víctimas afectadas.

Este análisis nos lleva a las siguientes conclusiones, no contradictorias entre sí: que los abusos sexuales no representan

en sí mismos un fenómeno tan novedoso, sino que la novedad parece estar más bien en el aumento del interés por acabar con la relativa impunidad de estos hechos de una manera más eficaz; que, por otra parte, las nuevas tecnologías, especialmente internet, han puesto en mano de los pederastas una nueva forma de atraer a las víctimas y han propiciado la producción, difusión y consumo de la pornografía infantil.

La pregunta que procede hacer es: ¿se produce en estos casos una lesividad suficiente de bienes jurídicos protegibles que exija la intervención penal?, o ¿estamos ante conductas que no repercuten directamente en una lesión tangible?

Estas preguntas enlazan con la segunda cuestión que nos planteábamos a la hora de someter a valoración la política criminal que ha endurecido la intervención penal en este ámbito. Para afrontarla adecuadamente, debemos preguntarnos de una manera más general sobre los bienes jurídicos protegidos en los casos de abusos sobre menores y en los delitos relacionados con la pornografía infantil.

2. La lesividad en los delitos de abuso sexual de menores y de pornografía infantil

Todavía en la actualidad, a pesar de los cambios que se están produciendo en este ámbito, es frecuente encontrar estudios y comentarios sobre el abuso sexual infantil que comienzan con una reflexión en torno a las supuestas dificultades a la hora de describir este fenómeno, de comprender su repercusión, de valorarlo adecuadamente sobre la base de presuntas diferencias culturales, de calibrar el alcance de su lesividad... A esta situación de desconcierto contribuye el dato contrastado por estudios sociológicos de rigor referido a la importante cifra negra de los abusos, que hace sospechar que sólo un porcentaje de estos delitos llega a conocerse y otro mucho menor a enjuiciarse: es decir, que existe una realidad delincencial que ha permanecido silenciada, oculta. En definitiva, parece que todavía hoy no somos capaces de entender qué representa el abuso sexual infantil, ni cualitativa ni cuantitativamente. Y es momento de preguntarse por qué.

El conjunto de circunstancias más arriba referidas (dudas sobre definición, lesividad, alcance del problema...) produce una desafortunada confusión en la que en ocasiones aparecen opiniones o afirmaciones sin una base científica que las valide. Por ejemplo, sin aportar prueba suficiente al respecto, algún autor considera que “las declaraciones falsas respecto al maltrato infantil y, muy particularmente, al abuso sexual, son un hecho frecuente”¹, invocando para sustentar esta posición únicamente la opinión del forense americano Healy, de 1915². Abundando en estas afirmaciones difícilmente comprobables, se señala que la falsa alegación de abuso sexual representa una causa bastante frecuente de error de diagnóstico forense, y que la programación por parte de adultos a niños para que falsamente denuncien abusos sexuales “es un hecho nada raro en las disputas judiciales de familia”³. Sin embargo, las investigaciones más recientes, sustentadas en estudios de la psicología clínica y de la sociología, analizados por diversos autores en distintos países⁴, apuntan que los abusos sexuales no denunciados (lo que se denomina tasa de prevelancia, referida a los abusos que son reconocidos en edad adulta) podrían estar en una horquilla entre el 10% y el 25% del total en el caso de las mujeres (porcentajes referidos a la muestra analizada) y entre el 5% y el 15% en relación con los hombres⁵.

-
- 1 Ésta es la opinión de RODRÍGUEZ ALMADA, H.: *Maltrato y abuso sexual de menores. Una revisión crítica*, Granada, 2006, edit. Comares, p.85.
 - 2 Vid. HEALY, W.: *Healy MT Pathological Lying, Accusation, and Swindling: A Study in Forensic Psychology*, Boston, 1915, Little Brown.
 - 3 RODRÍGUEZ ALMADA, H.: *Maltrato y abuso sexual*, 2006, cit., p. 87.
 - 4 Véase ECHEBURÚA, E. / GUERRICAECHEVARRÍA, C.: *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico*, 2ª ed., Barcelona, 2005, edit. Ariel, pp. 11 y ss.; CORTÉS ARBOLEDA, M.R. / CANTÓN DUARTE, J.: *Malos tratos y abuso sexual infantil*, Madrid, 1997, edit. Siglo XXI, pp. 174 y ss., así como la bibliografía citada por estos autores (especialmente LAMB, M.E.: “The investigation of child sexual abuse: An interdisciplinary consensus statement”, *Child Abuse and Neglect*, nº 18, 1994, pp. 269-270; LÓPEZ / HERNÁNDEZ / CARPINTERO: “Los abusos sexuales de menores: Concepto, prevalencia y efectos”, *Infancia y Aprendizaje*, nº 71, 1995, pp. 77-98).
 - 5 En el ámbito anglosajón son de referencia los estudios de FINKELHOR, D.: “The international epidemiology of child sexual abuse”, *Child Abuse*

Estas investigaciones se ocupan de la elevada cifra de abusos no denunciados, llegando a la conclusión de que la ausencia de denuncia se explica por distintos factores: temor del menor a que se le considere instigador de los hechos, miedo a no ser creído, dificultad del menor para comprender lo que le ocurre...⁶. En definitiva una situación absolutamente opuesta y por otra parte más creíble que aquella en la que los menores, ya sea por fabulación o ya sea por programación, deciden denunciar supuestos falsos abusos.

Precisamente, una de las conclusiones que aportan los investigadores sobre este fenómeno es que los análisis sobre los abusos sexuales se ven contaminados de falsas creencias que no sólo dificultan su comprensión sino, lo que es más grave, su tratamiento. De este modo, se opone que ante la consideración de que los abusos sexuales son poco frecuentes, cabe inferir que en España, alrededor del 23% de las mujeres y el 15% de los hombres han sido víctimas de algún tipo de abuso sexual en la infancia, o que en contra de la creencia de que los niños no dicen la verdad, las investigaciones constatan que los niños no suelen mentir al realizar una denuncia, resultando falsas sólo un 7% de las declaraciones⁷.

Si se concede validez a estos estudios, especialmente en lo referido a la prevalencia, como debe hacerse al estar fundados en

and Neglect, nº 18, 1994, pp. 409-417; en España, vid. también, más arriba referido, LÓPEZ / HERNÁNDEZ/CARPINTERO: “Los abusos sexuales de menores: Concepto, prevalencia y efectos”, *Infancia y Aprendizaje*, nº 71, 1995, pp. 77-98; o los estudios llevados a cabo por el Centro Reina Sofía para el estudio de la violencia, en Madrid, y otros en Barcelona, todos ellos comentados por AGUILAR CÁRCELES, M.: “Abuso sexual en la infancia”, *Anales de Derecho*, nº 27, 2009, pp. 210-240, y recogidos en VÁZQUEZ, B. (coord.): *Abuso sexual infantil. Evolución de la credibilidad del testimonio. Estudio de 100 casos*, Madrid, 2004, Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, pp. 6 y ss.

6 Cita alguno de estos factores AGUILAR CÁRCELES, M.: “Abuso sexual...”, 2007, cit. p. 221.

7 Cfr. ECHEBURÚA, E. / GUERRICAECHEVARRÍA, C.: *Abuso sexual...*, 2005, cit., pp. 11 y ss.

métodos científicos de investigación y no en opiniones o creencias sin base razonada, y si tenemos en cuenta el aluvión de noticias que dan cuenta de miles de abusos no denunciados que salen a la luz en un momento en el que socialmente parece existir una mayor sensibilidad al respecto, es hora ya de admitir sin reserva que los abusos sexuales a menores representan un problema de mayor gravedad del que parecía pensarse. De conceder que existe un importante colectivo de víctimas que no han recibido una protección adecuada. Y de que es necesario reflexionar sobre las razones que explican esta actitud social.

2.1. Razones históricas de la desprotección de las víctimas de abusos sexuales. La falta de reconocimiento del niño como titular de derechos

El reconocimiento del ser humano, el afianzamiento de la dignidad como valor esencial en el orden social y jurídico, aún en el plano ideal, se ha llevado a cabo a distintas velocidades. Las Declaraciones de derechos provenientes de la Ilustración y del liberalismo decimonónico no aseguraron con claridad la dignidad de todos los seres humanos, lo que hubiera necesitado un reconocimiento expreso, como la historia ha puesto de manifiesto, de la igualdad entre el hombre y la mujer, la afirmación de la dignidad de los niños o la prohibición de la esclavitud (o de la discriminación de los homosexuales, por recordar que algunas metas referidas al reconocimiento de la dignidad ni siquiera hoy se han alcanzado). No es baladí insistir en todo esto, porque esta situación sólo se explica desde la prevalencia de un modelo social patriarcal, vigente durante milenios, que sitúa al hombre en una posición prevalente y que deja a mujeres y niños en un segundo plano, y que sólo en las últimas décadas (desde los años 60 del siglo XX), ha empezado a cuestionarse.

Con relación a los niños, hay que esperar a finales del siglo XIX para que se inicie un movimiento de sensibilización, especialmente ante las situaciones de miseria, que conduce a políticas sociales de asistencia muy tímidas inicialmente, pero que representan el punto de partida en el reconocimiento de los

derechos de los niños. En este primer momento no existe todavía una construcción moral o filosófica (y menos aún jurídica) que proclame la dignidad de los niños⁸, pero se asientan las bases de su posterior elaboración. El avance económico y social del mundo occidental a finales de los cincuenta y principios de los 60 en el siglo XX favoreció un desarrollo cultural, ideológico y político que profundizó en los valores de libertad, igualdad y dignidad, reconociéndose por primera vez en la Convención de los Derechos del niño, de 1959, a éste como sujeto de derechos. En este contexto, se inician las primeras investigaciones científicas sobre el fenómeno del maltrato a los niños⁹.

Sin embargo, como señalan Cortés Arboleda y Cantón Duarte, este interés en torno al fenómeno de los malos tratos a los niños (incluidos los abusos sexuales) se ciñe en ese período a una perspectiva médica y asistencial desde sectores muy concretos (médicos, tímidas políticas públicas), sin que realmente existiera entre la opinión pública una conciencia de la situación¹⁰.

-
- 8 Los criminólogos aluden al caso de Mary Ellen Wilson, niña norteamericana víctima de maltrato, que fue protegida por los Tribunales de Nueva York en 1874 no porque se le reconociera su dignidad como persona, sino tras un proceso en el que, después de muchas dudas, finalmente se le otorgó amparo legal “por ser parte del reino animal” y merecer por ello la defensa de su integridad física y moral (sobre este caso, cfr. WATKIN, S.A.: “The Mary Ellen myth: Correcting child welfare history”, *Social Work*, n° 35, 1990, pp. 500-503, citado por AGUILAR CÁRCELES, M.: “Abuso sexual...”, 2007 cit., pp. 210-211, también comentado por esta autora). Este ejemplo, que no es ninguna anécdota, se explica con razones similares a las que están detrás de la realidad española en muchas instituciones educativas, religiosas o asistenciales hasta la década de los 70 del siglo XX, de maltratos físicos a los niños, a veces desconocidos, otras veces sabidos pero tolerados, especialmente entre las clases bajas y en entornos rurales.
- 9 Es citado como decisivo el trabajo del pediatra norteamericano Henry Kempe, que elabora científicamente la categoría del “síndrome del niño maltratado” (cfr. KEMPE, C.H. / SILVERMAN, F.N. / STEELE, B.F. / DROEGEMUELLER, W. / SILVER, H.K.: “The battered child syndrome”, *Journal of the American Medical Association*, 1962, pp. 17-24; comentado por CORTÉS ARBOLEDA, M.R. / CANTÓN DUARTE, J.: *Malos tratos y abuso sexual infantil*, 1997, cit., pp. 2-3; también en ÁGUILAR CÁRCELES, M.: “Abuso sexual...”, 2007, cit., p. 211).
- 10 Cfr. CORTÉS / CANTÓN: *Malos tratos...*, 1997, cit., pp. 2 -3.

La estructura familiar tradicional favorecía, por otra parte, la convicción de que en el ámbito familiar, sometido al poder del padre (o de los padres, según la evolución social) no era legítimo entrar.

Sólo muy recientemente (década de los noventa del siglo XX y principios del siglo XXI), está extendiéndose la comprensión de que los malos tratos a los niños en general y los abusos sexuales en particular no representan casos aislados de base patológica, sino que constituyen prácticas más numerosas de lo inicialmente sospechado, explicadas más bien a través de factores sociales que confluyen en una mezcla de ceguera o insensibilidad y una permisibilidad sustentada en la impotencia de las víctimas. La reacción social ante estos fenómenos, a la que algunos parecen temer por cuanto pueda conducir a una respuesta desmesurada o una hipotética caza de brujas, ha demostrado ser, sin que en serio pueda esto ser negado, absolutamente necesaria. En la actualidad, ya no cabe mantener una posición ambigua al respecto, que discuta la extensión o la gravedad de los abusos y la importancia de cuidar y enfatizar (lo que no tiene por qué traducirse en una línea político criminal concreta) la respuesta social ante los mismos. En mi opinión, el reconocimiento de la dignidad y de los derechos los niños lo exige.

2.2. *La lesividad material de los abusos*

Igualmente han de ser rechazadas las teorías que, sin oponer razones contrastables, discuten la lesividad de los abusos sexuales o llegan a afirmar que los contactos sexuales de los niños y adultos pueden ser saludables. Especialmente, porque están construidas sin base científica alguna. No cabe presentar como argumento que en una isla del pacífico u en otras sociedades tribales, los niños son introducidos en el sexo por adultos en ceremonias rituales y que todo esto no sólo no es perjudicial, sino muy beneficioso¹¹. Esta comprensión idílica de una ceremonia

11 No he tenido ocasión de documentarme sobre este asunto, pero permítaseme dudar de la extensión de esta práctica así expuesta. Estos rituales bondadosos

de iniciación, de alcance tampoco comprobado, no cuenta con prueba alguna de la bondad de los resultados obtenidos y tiene en contra el indiscutible dato de la relación de superioridad del adulto sobre el niño, que conduce a una irresoluble discusión sobre la validez del consentimiento, por un lado, y a un inevitable recelo ante un proceso en el que resulta imposible no advertir la situación asimétrica¹².

A nadie se le escapa que una parte del daño asociado a una determinada vivencia se ve modulado por la comprensión social de la misma. Según señalan algunas de las mujeres africanas que se han atrevido a hablar sobre la mutilación genital femenina¹³, superado el momento traumático de la intervención directa, se sintieron en parte emocionalmente consoladas por el acogimiento social e incluso experimentaron un bienestar asociado a la idea de que la práctica les había proporcionado una “pureza física” de la que carecían. Estas mujeres, al padecer después las secuelas, y al entender la agresión sufrida desde una perspectiva cultural diversa, sufrieron nuevos daños emocionales, añadidos a los que ya habían sufrido. Sin embargo, aun siendo cierto que la respuesta social incorpora una dimensión concreta a cualquier vivencia, esto, como intentaré mostrar después, no elimina la lesividad inmediata y mediata derivada de otros factores. Por otro lado, demostrada la dañosidad de una determinada actuación, la tradición o la cultura no pueden ser invocadas para relativizar el daño. En mi opinión, por tanto, hay nuevamente que rechazar las

y saludables no creo que tengan arraigo con relación a la iniciación sexual de las niñas, cuando en la mayoría de las culturas la virginidad de las mujeres y la posesión sexual exclusiva es un valor asentado, de modo que difícilmente se entiende que se tolere por los hombres del grupo que sea otro el que lleve a cabo la iniciación sexual de la que después será su mujer. Tampoco parece creíble que se acepte, con una incidencia relevante, que las mujeres dispongan de un poder social (y una libertad sexual con respecto de sus maridos) que les confiera la facultad de iniciación sobre los niños.

12 En sentido similar, y con mayores y posiblemente mejores argumentos, cfr. CORTES / CANTÓN: *Malos tratos y abuso...*, 1997, cit. pp. 214-215.

13 Cfr. ROPERO CARRASCO, J.: “El Derecho Penal ante la mutilación genital femenina”, en *La Ley*, 2001, pp. 2 y ss.

teorías que relativizan la lesividad de los abusos sexuales sobre la base de supuestas diferencias culturales.

En contra de lo señalado podría argumentarse que mientras que en los casos de mutilación genital femenina el daño causado es evidente: el dolor de la intervención, la mutilación, dolores en la zona, quistes, afectación a la capacidad de experimentar placer sexual, etc., en el caso de abusos sexuales a menores no basta con indicar que no se ha probado que sean buenos, sino que hay que demostrar que son lesivos. Otra vez, el discurso nos conduce a la necesidad de determinar la lesividad de estos comportamientos.

¿Son lesivos los abusos sexuales “consentidos” por los menores? ¿Alcanza esta lesividad un nivel jurídico penalmente relevante?

En aquellos casos en los que ha existido una oposición del menor o el consentimiento se ha obtenido con violencia o intimidación no se suelen plantear dudas sobre la lesividad de los hechos: propiamente estamos ante agresiones sexuales, en las que la violencia física o la actuación intimidatoria explícita contribuyen a una mejor visualización del daño causado. Ahora bien, sería un error cifrar el daño producido por estos ataques exclusivamente en la libertad: en las agresiones sexuales a menores no sólo se ve afectada la libertad sexual, sino que la lesión se proyecta también sobre un conjunto de bienes aglutinados en la idea de indemnidad. Sobre ello volveremos después.

Pero las dudas relacionadas con el alcance de la lesividad de los abusos a menores se han referido a los casos en los que no existe violencia ni intimidación y puede contarse con un consentimiento explícito o implícito del menor. Estas dudas se acrecientan conforme los menores dejan atrás la infancia y entran en la fase de pre pubertad o en la pubertad (de los diez a los dieciséis años).

En mi opinión, hay dos razones que explican por qué no resulta fácil, en principio, la concreción de la dañosidad de estos hechos. En primer lugar, los estudios científicos más relevantes sobre esta materia han obtenido sus conclusiones fundamen-

talmente a partir de los testimonios de personas adultas que sólo después de muchos años relatan el abuso, de modo que la determinación de las secuelas queda casi exclusivamente ligada a la presentación que de las mismas hace la víctima al referirse a un episodio de su vida que en la mayoría de los casos queda lejos y que razonablemente ha conseguido superar¹⁴. En segundo término, la mayoría de las investigaciones sobre las secuelas de los abusos se han emprendido desde el ámbito de la medicina y especialmente desde la psiquiatría y la psicología clínica. De este modo, se ha priorizado el rastreo de síntomas referidos a las repercusiones psicopatológicas, a corto o a largo plazo, recurriéndose a indicadores típicos demasiado encorsetados (desarrollo de conducta agresiva, sexualización excesiva, comportamientos sexuales anómalos, estrés postraumático, ansiedad, depresión...); metodología y enfoque que, siendo valiosos, tal vez hayan ocultado otras variables importantes en la valoración. Como los propios psicólogos ponen de manifiesto, “ante el considerable número de víctimas asintomáticas, se plantea también el problema de si los instrumentos de medida utilizados son lo suficientemente sensibles para evaluar de modo consistente y exacto el trauma del abuso sexual”¹⁵.

Este reconocimiento, mal interpretado, podría insistir en la incertidumbre sobre la lesividad de los abusos e, incluso, abonar

14 Es importante destacar cómo las investigaciones rigurosas sobre las repercusiones de los abusos diferencian claramente entre la tasa de incidencia (número de casos, hasta ahora muy reducido, aunque en aumento en las últimas décadas, que llega a los Tribunales de Justicia, y que se obtiene de las cifras oficiales de policía, Fiscalía y del número de sentencias condenatorias) y la tasa de prevalencia, más arriba explicada, y que se refiere a las personas adultas que reconocen haber sido abusadas durante la infancia (y que se consigue mediante técnicas de investigación sociológica, con encuestas aleatorias a la población). Como se ha señalado, la diferencia hallada entre ambas tasas por los investigadores es reveladora. Sobre esta cuestión, más ampliamente, CORTÉS / CANTÓN: *Malos tratos y abuso sexual...*, cit. 1997, pp. 174 y ss.; ECHEBURÚA / GUERRICAECHEVARRÍA: *Abuso sexual en la infancia...*, 2005, cit., pp. 11 y ss.

15 Así expresamente CORTÉS / CANTÓN: *Malos tratos y abuso sexual*, cit., p. 274.

la idea de que no resultan lesivos, como alguna opinión, hoy ya minoritaria, pretende mantener. Esta interpretación no puede ser sustentada. Por un lado, los estudios de la psicología clínica, aun con las limitaciones referidas, han conseguido dibujar un mapa de secuelas contrastadas que, superados ciertos clichés iniciales (búsqueda de asociaciones del tipo “abuso-alcoholismo / drogadicción”, “abuso-comportamientos suicidas”, “abuso-perversión de la conducta sexual”, “abuso-trastornos psiquiátricos graves”), describen razonablemente consecuencias del abuso a corto o a largo plazo: esencialmente, estrés postraumático, ansiedad, miedo, pesadillas, depresión o retraimiento social¹⁶. Por otra parte, las investigaciones más recientes han señalado la importante diferencia en la tasa de síntomas a corto o a largo plazo: un 70% de las víctimas de agresiones sexuales presentan un cuadro clínico a corto plazo, porcentaje que se reduce a un 30% en el caso de las consecuencias a largo plazo¹⁷. Con ello, se pretende incidir en la idea de que la razonable superación del abuso y del trauma que le sigue no puede ser utilizada para menospreciar los daños inmediatamente sufridos.

Las investigaciones más recientes subrayan dos ideas esenciales para afrontar la valoración del daño en estos sucesos. Si el análisis del mismo parte del testimonio de una persona que ha sufrido un abuso, pero que se encuentra en fase de recuperación del trauma, habrá que incluir en aquella valoración la mayor o menor presencia de los llamados “factores mediadores de los efectos del abuso” (estrategias de afrontamiento disponibles, factores socio familiares protectores, etapa del desarrollo del menor, percepción subjetiva del proceso, entre otros), que en la mayoría de los casos

16 Desde finales de los 80 del siglo pasado se ha afianzado una línea amplia de investigación en este ámbito, que en España sigue teniendo como referencia la obra de CORTES y CANTÓN que está siendo citada (confróntese en esta obra la amplia literatura científica, especialmente norteamericana, y que no tiene sentido reproducir aquí).

17 Véase ECHEBURÚA / GUERRICAECHVARRÍA: *Abuso sexual en la infancia...*, cit., pp. 50 y ss. y la doctrina citada por estos autores.

contribuyen a amortiguar el daño¹⁸. Por último, esencialmente tras los estudios de Finkelhor¹⁹, que proponen la superación del modelo del trastorno del estrés postraumático como referente explicativo de las secuelas, se han desarrollado teorías que insisten en construir un modelo traumatogénico específico para los casos de abusos sexuales, que contemple adecuadamente las diferentes fases del desarrollo en la vivencia de la experiencia, las peculiaridades de los distintos tipos de víctimas y la atención a los sufrimientos emocionales propios (el sentimiento de indefensión y desamparo, el dolor emocional, el sentimiento de culpa, de victimización, de vergüenza...) ²⁰.

En definitiva, las conclusiones obtenidas en los últimos años sobre el estudio clínico de las secuelas de los abusos son el resultado de un enfoque en mi opinión más acertado a la hora de comprender la lesividad de los abusos sexuales sobre menores. La investigación a partir de índices reconocidos en la psicología clínica, método tradicionalmente usado en este campo, aportó conocimientos necesarios sobre las secuelas que no deben ser menospreciados (así, se fijaron diversas consecuencias “tipo”, como la ansiedad, los trastornos de conducta, depresión, victimización...). Pero con esta metodología sólo se explica una parte de la dañosidad de los abusos. Para conseguir una valoración más completa es preciso acudir además a un análisis lo suficientemente especializado como para contemplar el conjunto de circunstancias específicas del caso, contemplando también a los

18 Cfr. ECHEBURÚA / GUERRICAECHVARRÍA: *Abuso sexual en la infancia...*, cit. pp. 41 y ss.; BEITCHMAN, J.H. / ZUCKER, K.J. / HOOD, J.E. / DA COSTA, G.A.: “A review of the short-term effects of child sexual abuse”, *Child Abuse and Neglect*, nº 15, 1991, pp. 537 y ss.; ECHEBURÚA, E. / DE CORRAL, P., “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia”, *Cuaderno de Medicina Forense*, nº 12, 2006, pp. 79 y ss.

19 Especialmente, “Epidemiological factors in the clinical identification of child sexual abuse”, *Child Abuse and Neglect*, nº 17, 1993, pp. 67-70; “The international epidemiology of child sexual abuse”, *Child Abuse and Neglect*, nº 18, 1994, pp. 409-417.

20 Más ampliamente, ECHEBURÚA / GUERRICAECHVARRÍA, *Abuso sexual en la infancia...*, cit., pp. 44 y ss.

factores mediadores que inciden en la amortiguación del daño. Además, es preciso llevar a un primer plano el dolor psíquico, el daño emocional que se deriva de la vivencia directa del suceso, de su recuerdo y del desgaste en la elaboración de estrategias para su superación.

Por todo ello, no pueden prosperar las teorías que, en contra de las investigaciones analizadas, discuten la “dañosidad” de las relaciones sexuales entre adultos y menores, invocando la falta de prueba científica de los trastornos físicos o psíquicos que éstas puedan causar. La sexualidad representa una experiencia que afecta a lo más íntimo de la persona. La sexualidad compartida con otro, en cuanto compromete esa esfera de intimidad, se convierte en una vivencia capaz de colocar a los sujetos involucrados en una situación de enorme vulnerabilidad: quien se encuentra en esa situación, en la que expone su propio cuerpo y sus sensaciones más íntimas, y no comparte el placer, o no tiene claro su consentimiento a la relación porque no conoce su alcance, o de algún modo es instrumentalizado por otra persona, puede sufrir un daño que sólo se comprende si se atiende este asunto con la suficiente inteligencia y sensibilidad. Un análisis riguroso de los estudios científicos sobre las secuelas de los abusos a menores no puede quedarse con el dato de que sólo un pequeño porcentaje de las personas abusadas ha sufrido trastornos mentales serios: ha de advertir que, como mínimo, la vivencia de la experiencia, su recuerdo, su comprensión con el paso de los años, es capaz de causar un grave daño emocional, que tiene que ver con la conciencia del abuso, del ataque a la dignidad comparable a un grave trato degradante, que se deriva de haber sido utilizado en una experiencia de las características descritas.

A mi juicio, la confusión existente en torno a la determinación de la lesividad material de los abusos explica en parte las reticencias de un sector de la doctrina penalista a la hora de aceptar la “indemnidad” como bien jurídico con entidad suficiente para merecer protección jurídico penal. Esta cuestión merece un apartado específico.

3. El bien jurídico protegido en los delitos de abusos sexuales a menores

La Reforma del Código penal de 1999 incluyó el bien jurídico “indemnidad” junto a la libertad sexual, en la rúbrica del que actualmente es el Título VIII, en el que se incluyen ataques muy diversos a estos bienes. Esta referencia determina la necesidad de precisar qué se entiende por indemnidad, especialmente de cara a decidir si este bien goza de autonomía frente a la libertad sexual.

Esta cuestión no es pacífica en la doctrina. Podría decirse, analizada esta controversia desde una cierta distancia y con el paso del tiempo, que el debate resulta incomprensiblemente virulento. El punto de partida lo representa la referida decisión legislativa de 1999 por la que se incluye la indemnidad como nuevo bien jurídico protegido. Frente a esta decisión, un sector de la doctrina se ha mostrado muy crítico, considerando que la indemnidad no representa un valor con significado propio y que sólo puede ser entendida en relación con la libertad sexual, concluyendo, por tanto, que el bien jurídico sobre el que gira la protección es, de manera inmediata o mediata, dicha libertad sexual²¹. Algunos de estos autores sostienen que al ser el consentimiento del menor completamente irrelevante, el sujeto activo que abusa del menor lo hace con desprecio de una voluntad que es inválida: al no existir la libertad del menor, “la involucración sexual de la víctima en la acción sexual del sujeto no es libre”²². En segundo lugar, este

21 En este sentido, cfr. BUENO ARÚS, F.: “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación de la reforma española de 1999”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial nº 21, Madrid, 2000, p. 271; Díez Ripollés, J.L.: “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial nº 21, Madrid, 2000, pp. 217 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “Art. 189” en Díez Ripollés / Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, vol. II, Valencia, 2004, edit. Tirant lo Blanch, p. 524.

22 Cfr. PRATS i CANUT, J.M.: “Aspectos penales de la explotación de la infancia”, en Villagrasa Alcaide, C., *Explotación y protección jurídica de la infancia*, 1998, edit. CEDECS, pp. 118-119. En contra, sin embargo, Orts Berenguer, E. / Suárez - Mira Rodríguez, C., *Los delitos*

sector doctrinal reafirma su impresión de que el único objeto de protección es la libertad sexual sobre la consideración de los supuestos efectos negativos que tienen los abusos sobre los menores en el ejercicio de su libertad sexual al llegar a la edad adulta: la lesividad de estas conductas se basaría en las supuestas limitaciones que los menores víctimas de abuso sufren al desarrollar su sexualidad una vez que son adultos²³.

Sin embargo, otros autores han visto un contenido específico en el bien jurídico indemnidad, al margen de la libertad sexual. Según Orts y Suárez-Mira, hay que buscarlo en el bienestar psíquico del menor e incapaz, “reflejo del interés en que obtengan un adecuado proceso de formación”, en el descubrimiento y comprensión del fenómeno de la sexualidad, así como en la

contra la libertad e indemnidad sexuales, Valencia, 2001, edit. Tirant lo Blanch, pp. 18 y ss., quienes sostienen que los menores e incapaces también tienen libertad sexual, pero su “especialidad” hace que no se les reconozca, que no se les suponga capacidad suficiente para gestionar el impulso sexual. De ello se deriva una tutela cualificada por parte del Estado, que no supone un pronunciamiento alguno sobre su libertad sexual, sino que conduce a una presunción “iuris et de iure” según la cual no tienen capacidad para relacionarse con mayores. En sentido similar, cfr. MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores*, Valencia, 2014, edit. Tirant lo blanch, pp. 151 y ss.

- 23 De este modo, MUÑOZ CONDE sostiene que al no poderse proteger la libertad del menor, que no existe en estos casos, lo que se defiende es la libertad futura o la normal evolución y desarrollo de su personalidad para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual (cfr. *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Valencia, 2010, edit. Tirant lo Blanch, pp. 217 y ss.). En sentido similar, BEGUÉ LEZAÚN, J.J.: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: (Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril)*, Barcelona, 1999, edit. Bosch, pp. 85-86, que alude a la libertad sexual “in fieri”, como bien protegido; LAMARCA PÉREZ, C.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2011, edit. Colex, p. 162; CARUSO FONTÁN, V.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor”, *Revista Penal*, nº 28, 2011, pp. 32 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General del Derecho Penal*, nº 20, 2013, pp. 18-19.

forma de afrontarlo y asumirlo²⁴. También confiere un contenido propio a este bien e insiste en la necesidad de protección específica Mendoza Calderón²⁵. Por su parte, García Valdés menciona la necesidad de tener en cuenta la dignidad de la persona y los derechos inherentes a la misma²⁶, pero no especifica cómo se relaciona este interés con la protección del menor. Profundiza en este punto de vista Ragués i Vallés, que niega expresamente que el bien jurídico protegido sea la libertad sexual y vincula la indemnidad con el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución española, CE) y con el deber de protección de la infancia y de los disminuidos psíquicos por parte de los poderes públicos (arts. 39 y 49 CE)²⁷.

Algunos autores, desde una posición intermedia, han puesto el acento en la supuesta escasa relevancia de esta polémica, con la consideración de que la construcción conceptual del bien jurídico no resulta decisiva en el plano político-criminal, siendo lo relevante la determinación del “ámbito de incriminación efectivo”²⁸. En mi opinión, sin embargo, la decisión sobre el ámbito de prohibición ha de sustentarse en el principio de lesividad y en la exclusiva protección de bienes jurídicos, de modo que la concreción de la dañosidad material de estas conductas, así como la definición del bien jurídico defendido, son aspectos esenciales a la hora de diseñar la política criminal en este ámbito: al señalar qué está prohibido y qué no y al concretar, según el principio de

24 Cfr. en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, cit., p. 20.

25 Cfr. MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores*, cit., pp. 183 y ss.

26 Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: “Acerca del delito de pornografía infantil”, en CORTES BECHIARELLI / OCTAVIO DE TOLEDO / GURDIEL SIERRA, *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, edit. Tirant lo Blanch, p. 414.

27 Cfr. RAGUÉS i VALLÉS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona, 2011, edit. Atelier.

28 De esta opinión, CANCIO MELIÁ, M.: “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley*, nº 80, 2011, p. 9, si bien finalmente este autor opta por cifrar la especial intensidad del injusto de los abusos en la afectación al desarrollo de la libertad sexual del futuro adulto.

proporcionalidad, que tiene en cuenta el grado de lesividad y la importancia del bien afectado, las penas que corresponden.

No obstante, esta controversia podría atemperarse si se advierte la complejidad de la cuestión que subyace en la misma: la evolución de la comprensión colectiva e individual sobre la sexualidad. La sexualidad representa un aspecto esencial en la esfera de lo individual: afecta a los sentimientos y emociones más íntimos del individuo, a su propio cuerpo, a su yo de forma directa y explícita. Pero al mismo tiempo supone un fenómeno básico en la definición antropológica y cultural de la sociedad. El modo en el que se configuran las prácticas sexuales en una sociedad y las reglas que las determinan y someten a valoración determinan profundamente la forma de relacionarse de los individuos que la componen (y viceversa, en una relación circular donde es difícil determinar qué es primero): las reglas de posesión sexual basadas en un modelo patriarcal olvidaban conscientemente la libertad sexual de las mujeres; este modelo en el que imperaban valores tradicionalmente masculinos, propiciaba la discriminación (y en ocasiones, penalización) de la homosexualidad; en ese modelo, en el que prospera una determinada comprensión de la familia, los derechos de los niños y su dignidad quedaban en un segundo plano.

A esta complejidad hay que unir la radical transformación ocurrida en este ámbito en los últimos años. En las sociedades occidentales, la liberación sexual de la mujer en las décadas de los 60 y 70 del siglo XX contribuyó profundamente a ese cambio, que se ha visto después acompañado de una evolución en el modelo familiar y de una paulatina, aun no conseguida, integración de los homosexuales. También sólo en las últimas décadas se ha replanteado el papel de los menores a partir de la creencia de que la salvaguarda de su dignidad requiere una protección especial²⁹. La complejidad del fenómeno y su notable evolución podría

29 Con valoraciones similares en parte y otras interesantes consideraciones sobre la evolución sufrida en este ámbito, cfr. CANCIO MELIÁ, M.: “Una nueva reforma...”, cit. pp. 1- 3.

arrojar algunas confusiones. A mi juicio, estimar que la defensa de la libertad sexual que acertadamente propugnaron hombres y mujeres pueda estar en contradicción con la protección de los menores, representaría una rechazable simplificación.

Hay que conceder a los autores que ponen el acento en la protección de libertad sexual que esa insistencia ha sido necesaria para descartar las políticas criminales del pasado que propugnaban la defensa de una determinada moral sexual, de una forma muy concreta de entender la sexualidad. Por ello resulta muy acertado el postulado defendido por Díez Ripollés en la década de los 80 del siglo pasado en el sentido de que el Derecho Penal de una sociedad pluralista y democrática no debe aspirar a proteger otros bienes jurídicos en relación con el comportamiento sexual de las personas, fuera de la libertad sexual de éstas³⁰. Con esta afirmación se ponía fin al Derecho Penal sexual de la dictadura, que giraba en torno a la protección de la honestidad.

Al respecto conviene realizar un pequeño paréntesis para recordar que la regulación de los delitos sexuales desde una perspectiva moralista tradicional no era algo extravagante a lo que ocurría en otros países de nuestro entorno: lo que ocurre es que la radical transformación ocurrida en Europa en la década de los sesenta no llegó a España hasta muchos años después, con la democracia. Es preciso insistir en que antes de los movimientos de liberación sexual no tenía cabida la idea de libertad sexual de las mujeres y una moral hipócrita mantenía como único orden social aceptable una estructura familiar que en la práctica reconocía las necesidades de los varones, pero confiaba en la fidelidad y honestidad de las mujeres. En este ámbito socio cultural no se reconocía la realidad de la prostitución y las agresiones o abusos sobre los más vulnerables. En relación con los menores, lo que preocupaba, como destacan Cortés y Cantón³¹, no era tanto el

30 Cfr. Díez Ripollés, J.L.: *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, 1985, pp. 17 y ss.

31 Cfr. Cortés / Cantón: *Malos tratos y abuso sexual infantil*, pp. 1 y ss.

sufrimiento derivado del abuso o el maltrato, sino las repercusiones que esto pudiera tener en su moral.

Mientras que en Europa esta situación fue modificándose desde inicios de los años sesenta, el cambio de perspectiva en España no llegó hasta finales de los 80, con la reforma de 1989 (LO 3/1989), a partir de la cual los delitos que eran “contra la honestidad” pasan a serlo “contra la libertad sexual”. Estos cambios eran absolutamente necesarios en una sociedad democrática, en la que difícilmente podía explicarse que frente a unos hechos tan graves como son las agresiones sexuales, el Derecho Penal respondiera para defender la honestidad: este bien jurídico representaba un valor asignado a las mujeres, que se comprendía como una especie de derecho / deber a no mantener relaciones sexuales fuera de las contempladas en el ámbito de una unión matrimonial³².

Es posible que a los autores críticos con la comprensión autónoma del bien jurídico indemnidad, introducido en 1999, les inspire la necesidad de marcar distancias con esa política criminal del pasado que priorizaba la ausencia de mancha o corrupción en mujeres y niños, sin tener en cuenta la libertad de las primeras o el auténtico daño sufrido por los segundos como víctimas de abusos, que no consiste en su corrupción o en la hipotética pérdida de moralidad, sino en el dolor causado por soportar una conducta abusiva sobre su yo más íntimo. Creo estar en condiciones de afirmar que si bien el propio término indemnidad podría en el pasado guardar alguna relación con la idea de ausencia de mancha (derivada de un acto sexual considerado como malo o pecaminoso en sí mismo), este riesgo no existe en la actualidad. La radical transformación en torno a la sexualidad que ha tenido lugar en España en las últimas décadas permite por fin entender

32 Desde esta comprensión se llegaba a conclusiones tan inadmisibles como la de que no cabía la violación en el ámbito de las relaciones matrimoniales, ya que en un acto sexual impuesto por el marido a la esposa no se producía vulneración de la honestidad; o la que negaba la aplicación de estos delitos cuando la víctima era una prostituta, al considerar que como tal no podía ser titular del bien jurídico “honestidad”; o, por último, la que sostenía que la víctima de estos delitos sólo podía ser la mujer.

que, en contra de lo sostenido por tabúes religiosos y culturales, la sexualidad no es mala, pero que es una experiencia sensible y compleja, de modo que los intereses a proteger han de ser la libertad sexual de todos, hombres y mujeres, con independencia de su orientación sexual, y el derecho de los menores a integrarse en la sexualidad sin daño.

Ahora bien, es preciso advertir que la vindicación de la libertad sexual no es en absoluto incompatible con la que reclama que los menores y otras víctimas vulnerables hayan de tener una atención específica (a no ser que se aceptase un hipotético conflicto entre el derecho a la libertad sexual, que permitiría elegir mantener relaciones sexuales con menores, y el derecho de los menores a la indemnidad, lo cual debería ser resuelto en todo caso a favor de los menores). Es posible afirmar que también en este campo era necesaria una importante modificación del enfoque: la protección de los menores no puede basarse en la defensa de la honestidad o de la moral sexual, pero tampoco cabe derivarla de la garantía de la libertad sexual.

Al respecto hay que indicar, en primer lugar, que carece de sentido mantener una discusión en abstracto sobre si los menores tienen libertad sexual o no. En la práctica, nuestra legislación penal y las de nuestro entorno protegen a los menores de los abusos con independencia de que estos hayan otorgado o no su consentimiento. Es decir, que el menor puede consentir, pero este consentimiento no tiene validez. Sin olvidar de que también cabe proteger la libertad de los menores frente a agresiones que no son consentidas (en cuyo caso se tutela tanto la libertad como la indemnidad), en los casos en los que el menor consiente, la ley impone el interés en la protección de la indemnidad del menor, negando valor al consentimiento.

Por otra parte, tampoco resulta convincente cifrar el daño en la libertad sexual futura. Este criterio debería apoyarse en la comprobación de la dañosidad de los abusos con respecto de este valor jurídico, algo que, en mi opinión, no se consigue. Si

se mantuviera que en los abusos lo que se protege es dicha libertad futura, puesta en riesgo con el abuso, entonces estaríamos presuponiendo una especie de delito de peligro, cuya legitimidad debería fundarse en una previsibilidad del riesgo que haya alcanzado relevancia sobre la base de la experiencia, del mismo modo que sucede en otros delitos similares. Sin embargo, como hemos visto, los numerosos estudios sociológicos y los realizados desde la psicología clínica, señalan cómo las secuelas del abuso a largo plazo disminuyen notablemente, y sólo en muy pocos casos persisten las consecuencias más graves, como las desviaciones serias de la personalidad, la alteración del comportamiento en general o del sexual en concreto. Los llamados “factores mediadores” (apoyo socio familiar, estrategias de afrontamiento, etc.), en definitiva el instinto de supervivencia, la necesidad de felicidad y los recursos de adaptación, consiguen reducir de tal modo los síntomas del abuso, que carecería de sentido basar la intervención penal para prevenir un efecto (las consecuencias en la libertad sexual futura, en la etapa adulta) que sólo se da en un número muy reducido de casos.

¿Significa esto que la lesividad de los abusos es mínima?
 ¿Deberíamos concluir que no se justifica la intervención penal ante un riesgo tan pequeño? Claramente, no: lo que ocurre es que el enfoque utilizado no resulta adecuado. Por un lado, prescinde radicalmente de los análisis e investigaciones de la psicología clínica: realizados en distintos países, con metodología científica, han llegado a conclusiones contrastadas sobre las importantes secuelas de los abusos, a corto y a largo plazo, diferenciando también los efectos según los períodos evolutivos. De este modo, en la fase correspondiente a los niños entre cuatro a seis años de edad, los síntomas más repetidos son los de conducta sexualizada, ansiedad, pesadillas, desorden de estrés postraumático y problemas conductuales. En el caso de abusos sobre niños de 6 a 11 años, a los elementos anteriores se unen problemas de depresión, neurosis, trastornos somáticos y del sueño y descenso de la autoestima. En el caso de los adolescentes, depresión, retraimiento, baja autoestima, conductas antisociales y estrés post traumático.

A largo plazo, en numerosos casos persiste la tendencia a la depresión, la ansiedad, la baja autoestima, estrés post traumático (aunque más bien asociado a la reexperimentación intrusiva)³³.

Hay que recordar nuevamente, por otro lado, que esta indagación en las secuelas no debe relegar a un segundo plano el sufrimiento moral derivado del hecho en sí mismo y de su comprensión con el paso de los años: como se indicaba más arriba, la determinación de la lesividad ha de tener en cuenta que la vivencia inmediata de la experiencia, su recuerdo, su comprensión en edad adulta, es capaz de causar un grave daño emocional, que tiene que ver con la conciencia del abuso, del ataque a la dignidad comparable a un grave trato degradante.

Sólo en los últimos años (en los que además se ha producido un incremento en las condenas por abuso), la jurisprudencia española ha comenzado a referirse a la descripción del daño sufrido por las víctimas. Durante mucho tiempo, la especial preocupación ha sido más bien la de probar la conducta típica (en un delito que plantea importantes problemas de prueba, al producirse en la intimidad y al depender su descubrimiento de la denuncia de los menores, que en ocasiones no llega hasta bastante después de los abusos). Por supuesto, la consumación del delito no requiere de la producción de secuelas, siendo suficiente la prueba del hecho, pero la ausencia de referencias a los daños producidos en el relato de las sentencias (que podría ser relevante de cara a la responsabilidad civil) parece reflejar despreocupación (y desconocimiento) de un aspecto, el daño sufrido por la víctima, que resulta de gran interés para comprender lo que representan los abusos. En este sentido, los únicos informes forenses o periciales que solían aparecer en las sentencias tenían que ver con las huellas físicas de los abusos sobre el cuerpo de la víctima³⁴. Esta tendencia

33 Cfr. CORTÉS / CANTOS: *Malos tratos y abuso sexual infantil*, cit., pp. 222 y ss.

34 A título de ejemplo, en la STS núm. 31/2005, de 24 de enero, en el caso de un abuso sexual sobre una niña de 10 años, tras un suceso de abuso continuado (con distintas actuaciones sobre la víctima en una noche y la mañana siguiente,

cambia de manera notable en las sentencias más recientes, en las que los informes forenses analizan también el impacto emocional y el daño en la salud psíquica de los menores³⁵, evidenciando de manera contundente la gravedad de los daños sufridos, aunque el autor de los hechos no hubiera empleado violencia o, en algunos casos, hubiera utilizado una actitud cariñosa y pseudo instructiva con los menores.

incluyendo tocamientos, felaciones e intento de penetración vaginal), el informe forense se circunscribe a señalar que la niña “no tenía signos de desfloración, aunque sí un eritema erosión compatible con un mecanismo de fricción”.

- 35 En la Sentencia núm. 369/2007, de 30 de mayo, de la Audiencia Provincial de Granada, en un caso de delito continuado de abusos sobre una menor cuando ésta tenía entre cinco y doce años de edad (y que fueron denunciados por ella al cumplir los dieciocho), la sentencia señala que la víctima tuvo a consecuencia de los hechos un diagnóstico de trastorno de estrés postraumático y daño psicológico, relacionado con los hechos. De modo similar, la Sentencia núm. 354/2010, de 26 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, en relación con un delito de abusos sexuales continuados de un padre sobre sus hijas de 10 y 13 años, con penetración anal y bucal, se refiere la gran angustia de las menores, con disminución de rendimiento escolar y estado de ansiedad medicamente constatado. La Sentencia núm. 252/2010, de 2 de julio, de la Audiencia Provincial de Castellón, en un supuesto de abusos sobre dos niñas menores, de seis y doce años, se relatan secuelas como trastorno por estrés postraumático crónico secundario a una situación de abuso, con trastorno depresivo reactivo. La Sentencia núm. 79/2011, de 30 de junio, de la Audiencia Provincial de Baleares, en un caso de abusos sexuales continuados sobre diversas víctimas, con edades comprendidas entre cinco y once años de edad, con las que el autor mantenía contacto como monitor en una asociación cultural, con tocamientos, felaciones y tentativas de penetración, describe secuelas diversas: ansiedad, vergüenza, aislamiento social, desarreglos del carácter y otros desajustes psicológicos. La STS núm. 1212/2006, de 11 de diciembre, en un caso de abusos sexuales continuados, teniendo la víctima inicialmente 7 años y sufriendo abusos hasta los 15 años (denuncia de los hechos por la propia víctima al llegar a la mayoría de edad), con tocamientos y penetración vaginal, alude a trastorno por depresión. Como último ejemplo, la Sentencia núm. 4/2012, de la Audiencia Provincial de Sevilla, en un supuesto de abusos sexuales continuados sobre dos niñas, desde que estas tenían dos y seis años de edad y durante años posteriores, con tocamientos y penetración bucal, por el acusado y otros hombres a quien facilitaba a las niñas a cambio de dinero, se describen como consecuencias de los hechos: estrés postraumático muy grave, con alteraciones a nivel emocional, com-

Pero la ofensidad de estos hechos no puede ser del todo entendida sino tenemos en cuenta los sucesos con víctimas de muy baja edad (de cuatro años de edad o menos). Descartando los casos en los que pudieran producirse graves lesiones físicas por penetración con pene por vía vaginal o anal, los que han llegado a la jurisprudencia finalizan en su descripción bien sin ningún comentario en relación con el daño causado³⁶, o bien señalando directamente la ausencia de trastornos de carácter psicológico³⁷. En la Sentencia núm. 99 / 2008, de 9 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, conocido caso de sujetos que trabajaban como canguros y que cometieron abusos diversos sobre niños de muy corta edad (con el objeto de elaborar material pornográfico), en la mayoría de los hechos que dicha sentencia recoge no se hace referencia alguna a los trastornos psicológicos: víctimas menores de dos años que sufren tocamientos, masturbaciones e introducción de dedos en el ano (ninguna referencia); víctima de tres años y medio, que sufre una felación, introducción de dedos en el ano y contacto y presión del pene en el ano (se indica que el menor no presenta ningún trastorno psicológico); víctima de siete años, con penetración anal y felación (aquí sí se refieren secuelas, como ansiedad, dispersión, malestar y temor). El análisis de este caso evidencia, como ya se ha señalado en las investigaciones psico clínicas, que los abusos a muy temprana edad si no van acompañados de daños físicos no suelen dejar síntomas. Esto se entiende por las características propias de los procesos cerebrales en esta etapa, siendo esperable que el menor no comprenda en absoluto el suceso en el momento de la producción, ni que después

portamental y social, con trastorno depresivo y sentimientos de inseguridad, ansiedad y estigmatización, bloqueos emocionales y carencias afectivas.

- 36 En la Sentencia núm. 37/2006, de 13 de marzo, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en un caso de víctima de cuatro años de edad, con penetración vaginal con el pene más allá de los labios mayores, con desgarró de la horquilla vulvar, el informe forense se limita a señalar como consecuencia este desgarró de dos centímetros de longitud.
- 37 En este sentido, la STS núm. 697/2006, de 26 de junio, en un abuso sobre una niña de tres años que es conminada a realizar una felación, se concluye en la descripción de los hechos que “no consta le hayan quedado secuelas restantes a consecuencia de tales hechos”.

lo recuerde. Si esto es así, cabe imaginar que los hechos no van a producir los trastornos que se suelen aglutinar en torno a la idea de lesión de la indemnidad a la que nos venimos refiriendo (daño emocional inmediato, trastornos posteriores a corto y a largo plazo), ni mucho menos van a afectar la libertad sexual futura.

¿Puede ser una conclusión aceptable que estos supuestos corroboran la falta de lesividad de los abusos? Claramente, no³⁸. En ellos se produce una innegable lesión de importantes bienes colectivos e individuales. Por un lado, estos hechos causan un sufrimiento moral a la familia y a la colectividad, que no debe ser despreciado y al que el Derecho Penal ha de responder: no es un sentimiento difuso de recato ante conductas sexuales no comprendidas, o de escándalo; es el rechazo hacia un comportamiento que representa de forma evidente lo que significa un abuso. Es decir, el menosprecio absoluto del ser humano, que es usado por otro sin ninguna consideración ni reconocimiento de su identidad y dignidad, cosificándolo y degradándolo. Detrás de este valor colectivo, por tanto, se encuentra en un lugar prioritario, como algunos autores apuntaban, la propia dignidad del menor, un valor que le es innato y que no se puede desconocer.

En esta línea hay que interpretar la inclusión del término indemnidad como objeto de protección, tanto en el caso de los abusos como en el de la utilización de los menores para la elaboración del material pornográfico. En la indemnidad lo que se protege esencialmente es el respeto a la dignidad de la persona, el derecho al desarrollo psicosocial adecuado y el derecho a no sufrir graves daños derivados de experiencias lesivas³⁹.

38 Sin embargo, en estos casos algunos autores dudan de la ofensividad de estos comportamientos, considerando que más allá del ánimo lúbrico del sujeto activo no concurren elementos objetivos que muestren el atentado a la libertad sexual o a la indemnidad (cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Cizur Minor, 2002, Aranzadi, p. 74; ORTS / SUÁREZ MIRA: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, cit. p. 131).

39 Sobre estos puntos de vista, cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial*

Éste es, a mi juicio, el punto de partida que explica de una manera más adecuada el fundamento de la intervención penal. La demostrada lesividad de estas conductas, unida a la aparición de nuevas formas de criminalidad y a la necesidad de clarificar la realidad social de los abusos en un ámbito en el que se han evidenciado importantes problemas de perseguibilidad, parece estar detrás del movimiento de reforma impulsado desde el Derecho Internacional e incorporado a nuestra ley penal.

Ahora bien, defender la oportunidad de aclarar y rearmar la protección jurídico penal de los menores en el ámbito sexual no implica, desde luego, optar por una moral sexual represiva, algo que a estas alturas creo que no merece mayor explicación, ni tampoco estar de acuerdo con el modo en el que se ha reformado el Código penal o se proyecta reformar con el supuesto propósito de adaptar nuestra legislación a las exigencias internacionales.

Veamos esto más despacio, comenzando por la cuestión de la edad del consentimiento penal.

III. La elevación de la edad del consentimiento sexual

La exposición de motivos del Proyecto de Reforma de 2013 presenta como novedad más importante la elevación de la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. El argumento empleado por el legislador es que la edad prevista en nuestro Código es la de trece años, “muy inferior” a la de los restantes países europeos. Con ello, parece insistirse en la idea de desprotección del menor en nuestro Ordenamiento frente a las agresiones o abusos sexuales ¿Es esto realmente así?

No, no lo es. Como hemos apuntado, tras la Reforma del Código Penal de 2010, el Capítulo II bis del Título VIII se refiere expresamente a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, a los que concede una protección absoluta, pero no es el único que contempla la tutela de los menores frente a los delitos sexuales. Es preciso tomar también en consideración a los preceptos referidos a los abusos sexuales con prevalimiento

(en los que pueden ser víctimas menores de edad, sin límite en la protección), los abusos con engaño (en los que la protección se extiende desde los catorce hasta los dieciséis años), la corrupción de menores y el resto de artículos referidos a la pornografía, explotación sexual y prostitución, en los que el límite de tutela son los dieciocho años.

Sin embargo, la falta de una sistemática adecuada entre los diversos tipos, la ausencia de mención expresa a la protección de los menores en los casos de abusos sexuales con prevalimiento, el mantenimiento de figuras anacrónicas y de difícil aplicación como son el abuso fraudulento o la corrupción de menores, contribuye sin duda a esa percepción de falta de protección específica para los menores comprendidos entre catorce y diecisiete años⁴⁰.

En consecuencia, una correcta valoración de la propuesta contenida en el Proyecto de 2013 y de su conveniencia exige una breve reflexión sobre la situación de partida.

1. El modelo vigente de protección de la indemnidad de los menores

Si se entiende como “edad de consentimiento sexual” aquella que dibuja la franja de protección absoluta de los menores frente a abusos sexuales, de modo que por debajo de esa edad no se concede relevancia alguna al consentimiento que el menor pueda prestar a la relación en ningún caso, es cierto que España tiene una de las cifras más bajas en la Unión Europea. Pero esta afirmación ha de verse matizada con la consideración de un sistema de protección más amplio, que permite concluir que la validez del consentimiento también podrá ser revocada cuando concurra alguna circunstancia adicional: prevalimiento de una situación de superioridad, engaño o causación al menor

consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet, Madrid, 2005, Dykinson, pp. 161 y ss.

40 Como pone de manifiesto, CANCIO MELIÁ: *Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*, cit., pp. 10-11.

de un perjuicio en su evolución o desarrollo de la personalidad (hasta los diecisiete años).

1.1. La protección absoluta de los menores de trece años

Para comprender este modelo de tutela es preciso insistir en la necesidad de diferenciar entre los abusos sexuales a menores de trece años, en los que el legislador establece una presunción *iuris et de iure* según la cual el consentimiento del menor carece en todo caso de validez, y el resto de los casos, en los que la validez del consentimiento puede ser revocada si ha concurrido prevalimiento, engaño o se ha causado al menor un perjuicio en el desarrollo de la personalidad.

La Reforma de 2010 confirmó este criterio concediendo un tratamiento diferenciado a los menores de trece años en el nuevo Capítulo II bis del Título VIII, bajo la rúbrica “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, y endureciendo las penas de manera significativa, frente a las previstas para los casos de menores comprendidos entre trece y dieciocho años, que podrían ser víctimas de un abuso por engaño (hasta los dieciséis años, en el artículo 182, penas entre uno a dos años de prisión, para el tipo básico, de dos a seis años para el agravado) o de corrupción de menores (hasta los dieciocho, artículo 189.4, de seis meses a un año). De este modo, en el vigente artículo 183 se castigan los abusos sexuales sobre menores de trece años con penas de prisión de dos a seis años para el tipo básico y de ocho a doce para el agravado, y los ataques sexuales con violencia o intimidación como agresión sexual, con penas de cinco a diez años en el caso del tipo básico y de doce a quince para el tipo agravado (todas las penas deberán ser impuestas en su mitad superior si concurre alguna de las circunstancias agravatorias previstas en el número 4 de este precepto, entre las que se encuentra el hecho de que la víctima sea menor de 3 años).

Es preciso recordar, no obstante, que la presunción de protección *iuris et de iure* ya se había incluido en nuestra legislación antes de la reforma de 2010, y estaba recogida, desde 1999,

en el artículo 181.2 que señalaba que “a los efectos del apartado anterior” (artículo 181.1 que definía los abusos como actos que atentan contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento), “se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare”. La ausencia de una declaración similar en el artículo 183 tras la Reforma de 2010, llevó a algunos autores a sostener que había sido suprimida la presunción *iuris et de iure*, de modo que la nueva tipificación otorgaba relevancia al consentimiento del menor de trece en los casos de relaciones sexuales sin violencia ni intimidación⁴¹. Sin embargo, como otro sector de la doctrina pone de relieve, no parece razonable pensar que el legislador de 2010, que pretendió reforzar la protección de los menores de trece años endureciendo las penas e incorporando nuevos tipos, pretendiera sustituir dicha presunción por otra *iuris tantum*⁴². La redacción del precepto, por otra parte, insiste, a mi juicio, en la consideración de que el abuso sexual sobre menor de trece se presume en todo caso, al no exigirse un elemento adicional en la conducta típica, siendo suficiente con realizar actos “que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece”.

El establecimiento de una barrera de edad para diferenciar una protección absoluta (a los menores de trece años), de otra más relativa (en cuanto exige la prueba de elementos adicionales, en los casos de menores hasta dieciséis o dieciocho años), aun presentando algunos inconvenientes (que no se contemplen factores de interés como la diferente maduración física y psíquica del sujeto),

41 De esta opinión, MONGE FERNÁNDEZ, A.: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, Barcelona, 2011, edit. Bosch, p. 120.

42 Con este argumento y otras consideraciones, sostienen que la presunción sigue siendo *iuris et de iure*, PÉREZ CEPEDA, A.M., en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, Madrid, 2010, edit. Tecnos, p. 195, RAMÓN RIBAS, E.: *Minoría de edad, sexo y Derecho Penal*, Navarra, 2013, edit. Thomson Reuters, p. 57; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “El menor como sujeto pasivo de delitos...”, cit. p. 20.

resulta ser la más acorde con el principio de seguridad jurídica⁴³. Por otra parte, el criterio de la “edad del consentimiento” y la presunción *iuris et de iure* que se deriva del mismo se encuentran absolutamente asentados en la mayoría de los Ordenamientos, instándose desde las organizaciones internacionales de Derecho a una unificación que facilite la necesaria armonización y la cooperación internacional en este ámbito.

Más allá de la edad del consentimiento, nuestro Derecho Penal vigente establece en la práctica una protección considerable de los menores a través de diversos tipos delictivos. Sin embargo, como se ha señalado, la falta de sistemática y el hecho de que nos encontremos ante figuras típicas trasnochadas o equívocas, contribuye a una indeseable confusión que parece estar detrás de la impresión de una falta de protección adecuada.

1.2. La falta de sistemática en la protección de los menores comprendidos entre trece y diecisiete años

Es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que el artículo 181.3 CP castiga los abusos sexuales cometidos por prevalimiento de una situación de superioridad, circunstancia que ha venido siendo apreciada en aquellos casos de diferencia de edad entre el agresor y la víctima, y que puede ser aplicada, y así lo ha hecho nuestra jurisprudencia tradicionalmente, a los abusos sobre menores de edad⁴⁴. Este delito vino a integrar tras la Reforma de 1995 al anterior tipo de estupro por prevalimiento del artículo 434 del Código penal de 1973⁴⁵, que basaba el reproche en la situación

43 En este sentido, cfr. ORTS / SUÁREZ-MIRA: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, cit., p. 130; TAMARIT SUMALLA: *La protección penal del menor*, cit. p. 66; VELÁZQUEZ BARÓN, A.: *Los abusos sexuales*, Barcelona, 2004, edit. Bosch, pp. 16-18.

44 Por otra parte, este mismo artículo prevé como circunstancia agravatoria, para todas las modalidades tipificadas, la 3ª del art. 180, que contiene una referencia a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad.

45 El artículo 434 del CP de 1973 disponía:

La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaleándose de su superioridad, originada por

de superioridad sobre víctimas de edad comprendida entre doce y dieciocho años. En 1995, por tanto, el legislador amplió el número de víctimas de abuso por prevalimiento a otros casos en los que la relación de superioridad se basa en consideraciones diversas a la edad de la víctima, como puede ser la relación laboral, de dependencia económica, de desamparo de la víctima... Pero, entre ellas, puede seguir siendo incluida razonablemente la de la minoría de edad de la víctima (en todo caso, mayor de doce años)⁴⁶. En definitiva, los llamados abusos sexuales por prevalimiento del artículo 181.3 también protegen a los menores (de trece a dieciséis años) siempre que se demuestre la utilización por parte del sujeto activo de la situación de superioridad, para la realización del abuso sexual.

Sin embargo, hubiera sido deseable un tratamiento específico y explicitado para los menores de trece a diecisiete años, que evidenciara claramente la protección dispensada en esta franja de edad aunque en ella operara la presunción *iuris tantum*, que exige la prueba del prevalimiento. Como destaca Cancio Meliá, ni el “anacrónico abuso fraudulento” ni la “misteriosa corrupción de menores” contribuyen a mejorar esta situación⁴⁷.

En efecto, la mayoría de la doctrina sostiene que el abuso fraudulento presenta más dificultades que ventajas. El artículo 182 se refiere expresamente al abuso realizado con engaño sobre un

cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión menor. La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estuprado.

46 En este sentido, cfr. VELÁZQUEZ BARÓN, A.: *Los abusos sexuales*, cit., p. 22, quien señala que, aunque en el tipo no se haga una mención expresa a la edad, la modificación operada en 1995 solo puede afectar al límite máximo de edad (que ya no es de dieciocho años, desapareciendo cualquier otra referencia), pero no al mínimo, que sigue siendo de trece incluidos en adelante. Vid. también, ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2010, edit. Tirant lo Blanch, p. 261; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., cit. p. 236; RAGUÉS i VALLÉS, R., en SILVA SÁNCHEZ (coord.): *Lecciones de Derecho Penal*, cit., pp. 127-128.

47 Cfr. CANCIO MELIÁ, M.: *Una nueva reforma de los delitos*, cit., p. 10.

mayor de trece y menor de dieciséis. En este delito (que incluye un tipo básico y un tipo agravado, cuando existe penetración), cobra un lugar esencial la prueba del engaño⁴⁸. Según la interpretación mayoritaria, el engaño es el resultado de un proceso de seducción, en el que el sujeto activo hace creer algo al sujeto pasivo, que le lleva a relacionarse sexualmente con aquél, exigiéndose una relación causal entre el engaño y el consentimiento a la relación sexual. El principal problema en la aplicación práctica de este tipo tiene que ver con el engaño: ¿cuál es el engaño al que se refiere el legislador? Tradicionalmente se entendía como tal la promesa de matrimonio como técnica de seducción. Ahora bien, esta interpretación pone de manifiesto la falta de adecuación de este tipo a la realidad social y suscita la cuestión en torno a la oportunidad de su adaptación a una visión más actual del concepto de abuso⁴⁹. Y es que los abusos por engaño del artículo 182 no aciertan a plasmar la comprensión mayoritaria que exige para la intervención penal en los casos de menores de trece a dieciséis años un elemento adicional que aluda a una asimetría entre el autor y la víctima, que explique el abuso en sí, sin que sea suficiente la minoría de edad. Claramente: lo que se requiere para explicar el abuso es que pueda afirmarse de manera fundada que el autor ha usado a la víctima utilizando una asimetría o desequilibrio entre ambos, sobre la base de una situación de superioridad o ventaja, que normalmente viene dada por la diferencia de madurez psíquica y física. Para la prueba de este elemento, realmente carece de valor el engaño: puede que haya habido falsedades o no en el proceso, pero esto no es lo relevante, ya que si existe ese desequilibrio del cual el juez puede deducir que el menor ha sido utilizado o manejado, el engaño no tiene interés alguno. La mención del tipo, sin embargo, obliga a los jueces a probarlo, lo que dificulta enormemente la aplicación del delito.

48 Sobre esta cuestión, cfr. VELÁZQUEZ BARÓN, A.: *Los abusos sexuales*, cit., p. 26.

49 Como señala MUÑOZ CONDE, los casos verdaderamente merecedores de pena pueden ser incluidos en el abuso sexual por prevalimiento (cfr. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 237). En sentido similar, LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 175.

Tampoco el delito de corrupción de menores acierta a tratar adecuadamente el problema de los abusos en una edad superior a doce años. El artículo 189.4 castiga como corrupción de menores el “hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste”, extendiéndose así la protección hasta los dieciocho años. Este delito, desaparecido con el nuevo Código penal de 1995, volvió a ser incorporado por la reforma de 1999. La apuesta decidida del legislador del 95 por hacer pivotar la intervención en materia sexual en torno a la protección de la libertad y eliminar las referencias a una política criminal sexual autoritaria y moralista, probablemente condujo a la adopción de algunas medidas discutibles, como la que situó la edad del consentimiento sexual en los once años. La reforma de 1999 volvió a castigar como corrupción de menores a aquellas conductas consistentes en hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste. El problema esencial que este delito presenta consiste en determinar a qué actos de naturaleza sexual se está refiriendo. Porque si se trata de contactos sexuales, normalmente cabe acudir a los propios delitos de abusos sexuales por prevalimiento o engaño (en su caso); y lo mismo ocurre si se trata de favorecer la prostitución del menor o de proporcionarle material pornográfico o de realizar ante él actos de exhibición obscena, supuestos expresamente tipificados en la ley⁵⁰. La doctrina ha venido interpretando que este tipo es una

50 Por esta razón, buena parte de la doctrina ha estimado que el delito de corrupción de menores no ofrece una protección diferente a la que ya dispensan otros delitos, incorporando una gratuita y rechazable referencia a la protección de una determinada moral sexual, que identificaba la lesividad de los abusos con la pérdida de valores morales. Utilizando alguno de estos argumentos, se pronuncian críticamente, TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “El nuevo delito de corrupción de menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1999, p. 17, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª, cit. pp. 260-261, LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2011, cit. p. 187, RAGUÉS i VALLÉS, R., en SILVA SÁNCHEZ (coord.): *Lecciones de Derecho Penal*, 2011, cit. p. 137.

especie de cajón de sastre en el que pueden caber conductas que no encajen en el tenor literal de los tipos: por ejemplo, realizar actos sexuales especialmente degradantes ante menores, que supera el mero exhibicionismo, o mantener relaciones con un mayor de trece y menor de dieciocho, siempre y cuando se perjudique el desarrollo de su personalidad (lo que advierte de la posibilidad de que se mantengan relaciones con un menor sin que se perjudique el desarrollo de su personalidad, que quedarían razonablemente fuera del alcance del tipo)⁵¹.

En definitiva, el análisis del artículo 189.4 contribuye a la consideración de que la protección dispensada por nuestro Código penal a los menores de edad no es la más correcta. Como hemos visto, la amplitud con la que es descrita la conducta típica (hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste), suscita importantes problemas de interpretación a la hora de delimitar qué comportamientos sexuales en el caso concreto perjudican la evolución o desarrollo de la personalidad. La estrecha horquilla de pena prevista (de seis meses a un año) no parece reflejar la diversidad de situaciones que pueden darse. Por otra parte, no está de más advertir que esta fórmula sí que es extraña a lo previsto en los instrumentos internacionales, ya que la corrupción de menores suele referirse a los casos en los que se involucra a un menor en un contexto sexual, pero sin su participación activa (hacerle presenciar u observar actos de terceros, comportamientos no claramente contemplados en la regulación vigente, de modo que sólo parcialmente podrían encajar en el artículo 185, dentro del capítulo referido a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual). Por último, como hemos indicado, este delito confirma que el modelo vigente permite negar validez al consentimiento sexual de los menores de dieciocho años, algo

51 No hay que olvidar que en los delitos referidos a la prostitución y a la pornografía infantil nuestra ley penal se refiere en todo caso al menor, por lo que, al no mencionar una edad específica hay que interpretar que se trata del menor de edad con carácter general, es decir, el menor de dieciocho, sobre el cual también se extiende la tutela frente a estos ataques.

que parece chocar claramente con la realidad de la iniciación a la sexualidad de los adolescentes y jóvenes.

Siendo esta la situación actual, ¿qué aporta de positivo la reforma?; ¿es realmente necesaria teniendo en cuenta no sólo los compromisos internacionales sino el debate doctrinal en torno a la edad del consentimiento sexual y la interpretación de los tipos vigentes?

2. Las reformas propuestas por el Proyecto de 2013 acerca de la edad de consentimiento sexual

La elevación de la edad del consentimiento sexual hasta los dieciséis años ha representado una opción por los modelos de supuesta garantía máxima de los intereses del menor por encima de otras consideraciones. Esta edad es mayoritariamente utilizada en los países anglosajones y en su área de influencia y, probablemente, se corresponde con una política criminal que en los últimos tiempos ha enfatizado el principio de especial protección de los menores. En la mayoría de los países europeos, sin embargo, la edad del consentimiento sexual se sitúa en los catorce años (aunque un importante número de países de Europa del Este también opta por la frontera de los dieciséis años)⁵².

No obstante, esta opción no es respaldada de manera mayoritaria y otros sectores proponen diferenciar entre los casos en los que el menor todavía no ha llegado a la pubertad o apenas si se ha instalado en esta fase de su desarrollo (hasta los trece años, protección absoluta, utilización de la presunción *iuris et de iure*) y los casos en los que ya existe, física e intelectualmente, una vivencia más clara de la sexualidad (desde los catorce a los dieciocho años, protección relativa, dependiente de la prueba de un elemento adicional que confirme el abuso, como el pre-valoramiento). A pesar de que esta distinción rígida prescinde de

52 A favor de elevar la edad del consentimiento sexual, si bien hasta los quince años, cfr. COMPANYY CATALÁ, J.M.: “La mayoría de edad a efectos de validez del consentimiento sexual”, *La Ley Juris*, nº 206, pp. 1 y ss. (disponible en <http://revistas.laley.es/content>).

las diferencias entre los casos, parece razonable mantener que, teniendo en cuenta los derechos del menor a un desarrollo físico, psíquico y sexual libre de daño o traumas, es indicado admitir que cualquier interacción entre un adulto y un menor de catorce años representa un abuso, sin que sea necesario un elemento adicional de presión o prevalimiento⁵³. Sin embargo, en las edades comprendidas entre los catorce y los dieciocho, la calificación del suceso como “abuso” requiere, según interpretación mayoritaria, el aprovechamiento de algún mecanismo de presión, abuso de superioridad o de confianza.

Conviene señalar, por otra parte, que aunque el Proyecto de 2013 se refiere en la Exposición de Motivos a las obligaciones internacionales contraídas por España, los instrumentos internacionales, entre ellos la Directiva de la Unión Europea de 2011, no indican una edad concreta referida a lo que se ha dado en llamar “edad del consentimiento sexual”, sino que su determinación queda a la decisión de los Estados⁵⁴.

Ahora bien, es preciso advertir que el legislador no aclara en su exposición de motivos que la reforma suaviza esta previsión (sin que quede claro si es un olvido o una ambigüedad consciente) a través de lo dispuesto en el número centésimo vigésimo segundo, que también de manera confusa añade un nuevo artículo 184 quáter, que habrá que entender que en realidad es un 183 quáter, con el siguiente contenido:

“El consentimiento libre del menor de dieciséis excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo,

53 El abuso, por ejemplo de un menor de doce años sobre otro de, por ejemplo, cuatro, representa un grave comportamiento con importantes efectos para todos los implicados y para la sociedad, pero no es jurídico penalmente relevante en la mayoría de los países de la Unión, ya que, en principio, no se deriva responsabilidad penal de estos hechos. En definitiva, estas consideraciones se refieren a conductas de adultos sobre menores, pero no a los abusos entre menores, en los que la posición mayoritaria es la de intervenir en la tutela de todos los menores involucrados.

54 Sí que existe una Recomendación de Naciones Unidas a España, de 2007, en el sentido de elevar la edad del consentimiento sexual.

cuando el autor sea una persona próxima a la menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

Este texto, que es el que aparece en el Proyecto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, cabe esperar que sea debidamente corregido, en el sentido de que se indique que el referido consentimiento libre es el del menor de dieciséis pero mayor de trece (pues de otro modo, no sólo no se estaría elevando la edad del consentimiento sino que se atenuaría la situación vigente que no concede ninguna validez al consentimiento del menor de trece años), y se hable del menor y no de la menor⁵⁵. Hecha esta corrección, su aprobación representa una revocación parcial de la tesis de la elevación de la edad del consentimiento sexual, que debería ser, al menos, oportunamente explicada. En mi opinión, esta previsión permite la exención de responsabilidad no sólo para los menores de dieciocho, sino también para una franja cercana de mayores de edad en relación con las víctimas de quince o dieciséis años, hasta un límite que podría ir hasta los veinte o veinte y dos años, que la ley no señala de manera taxativa y que deberá ser determinado jurisprudencialmente invocando la proximidad de edad y de grado de desarrollo o madurez.

A mi modo de ver, aunque esta falta de taxatividad pueda suscitar una cierta inseguridad, cabe esperar que la jurisprudencia aporte en el caso concreto una mejor solución que es difícil dispensar con carácter general. Para ello, habrá que tener en cuenta los estudios científicos mejor fundados (de psicología, sexología, salud...) que abordan el complejo asunto de la dinámica y trascendencia de las relaciones sexuales en las que se involucran menores, prescindiendo de todas aquellas teorías o suposiciones de menor rigor: no cabe negar la sexualidad del menor ni tachar de trauma toda experiencia sexual; pero tampoco es admisible negar el valor superior de protección del menor y defender la bondad de la iniciación en la sexualidad del menor por parte mayores de edad. Nuevamente, el análisis más relevante será el

55 En sentido similar, GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “El menor como sujeto pasivo de delitos...”, 2013, pp. 21 y ss.

que se refiera al posible desequilibrio existente, a la situación de desigualdad, a la compenetración o a la clara falta de sintonía entre las expectativas, los intereses, las emociones y la vivencia en general de la experiencia, datos que son determinantes a la hora de configurar el daño psíquico y moral que se deriva de este tipo de hechos para los que resultan ser las víctimas.

Una correcta valoración de la Reforma ha de tener en cuenta, por otra parte, que sin mencionarlo expresamente, el legislador modifica la regulación de la corrupción de menores, que desaparece en su actual configuración, que extiende la protección hasta los dieciocho años, como hemos visto. En el nuevo artículo 183 bis aparece este contenido:

“El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de de prisión de uno a tres años”.

Interpretando de forma conjunta este precepto y lo señalado en el nuevo artículo 183.2 in fine (que castiga con penas de cinco a diez años de prisión al que con violencia o intimación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo), cabe concluir que el legislador ha pretendido seguir el criterio establecido en la Directiva de 2011 que exige diferenciar, siguiendo este orden de gravedad:

- Realizar directamente el abuso sobre el menor (siempre en todo caso, menor de dieciséis), con violencia o intimidación. Penas de cinco a diez años de prisión; de doce a quince años si hay penetración. La misma pena se prevé cuando con violencia o intimidación se compele al menor a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o sobre sí mismo.

- Realizar el abuso sobre el menor, sin violencia ni intimidación. Prisión de dos a seis años, y de ocho a doce si hay penetración.
- En todos estos casos, posibilidad de agravación (mitad superior de la pena), si se dan determinadas circunstancias (las mismas que se incluyeron en la Reforma de 2010).
- Determinar a un menor a participar en un acto de naturaleza sexual (siguiendo una interpretación sistemática, habrá que concluir que se refiere a actos con un tercero o sobre sí mismo, sin que se utilice violencia o intimidación). Pena de seis meses a dos años.
- Hacerle presenciar actos de carácter sexual. Pena de prisión de seis meses a dos años.
- Hacerle presenciar abusos sexuales. Pena de prisión de uno a tres años.

3. Valoración de la Propuesta de Reforma de 2013 sobre la edad del consentimiento sexual

A tenor de lo expuesto, cabe concluir que no es correcto afirmar que el mayor de trece y menor de dieciocho no esté protegido por nuestra ley penal, ni tampoco mantener que la actual situación es extraña a los criterios mayoritariamente defendidos en Derecho comparado y en los instrumentos internacionales en torno a esta cuestión. Con respecto al asunto de la edad, hay que recordar que el consentimiento carece de valor en los casos de engaño, recogidos en el artículo 182 (víctimas mayores de trece años y menores de dieciséis), o de corrupción de menores del artículo 189.4 (hacer participar a un menor de dieciocho años o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de éste), por lo que el CP en España permite interpretaciones jurisprudenciales que extienden la protección hasta los dieciocho años.

Lo que sí es cierto, a mi modo de ver, es que el sistema actualmente vigente es confuso y en él, la demostrada falta de

sistemática contribuye a desdibujar el modelo de tutela del menor frente a los abusos sexuales, favoreciendo la impresión, como se desprende de las recomendaciones internacionales, de que es insuficiente. Esta falta de claridad, la inoperancia de algunos de los tipos penales y la ineludible necesidad de armonización con el Derecho comparado explican la conveniencia de elevar la edad del consentimiento sexual, siendo adecuado, a mi juicio, situarlo en la edad de catorce años. No estoy de acuerdo, por tanto, con la incorporación que hace la reforma del modelo anglosajón, situando la edad del consentimiento en dieciséis años. No porque crea que en el tema de los abusos se esté en todo caso exagerando. Al contrario, como ya he apuntado, creo que las cifras oficiales de abusos sexuales, de los casos que llegan a los Tribunales, no reflejan adecuadamente la magnitud del problema.

Mi desacuerdo se basa en que este modelo, sobre la base de la reforma prevista en el artículo 183, criminaliza automáticamente cualquier conducta sexual entablada con un menor de trece a dieciséis años, desatendiendo una realidad que muestra una creciente actividad sexual de los menores en esa franja de edad, entre ellos o con mayores con edades próximas. Con esta previsión, se ha olvidado que la intervención del Derecho Penal tiene graves consecuencias, por lo que medidas en principio dirigidas a la protección de los menores pueden resultar lesivas a otros intereses de éstos, como puede ser el de mantener relaciones sexuales con personas de edad próxima. Es cierto que esta consecuencia se puede ver atemperada por la cláusula que permite la exención por consentimiento en casos de proximidad de edad, pero la falta de concreción impide una valoración definitiva sobre este instrumento.

Por ello, sería preferible establecer la franja de protección absoluta hasta los trece años y mantener una protección sometida a prueba del abuso desde los catorce hasta los dieciocho, en interpretación conjunta con la cláusula del libre consentimiento.

¿Qué valoración final merecen estas reformas? Hagamos una recapitulación:

1. Con independencia de las obligaciones derivadas de la Directiva de 2011, el interés en clarificar y reafirmar la protección de la indemnidad de los menores no parece desacertado, teniendo en cuenta, como se ha expuesto, la importancia de los bienes jurídicos afectados y los problemas detectados en torno a la cuantificación de este tipo de criminalidad, su detección y perseguibilidad.
2. La elevación de la edad del consentimiento no es en sí misma una opción que pueda ser despachada con un a favor o en contra, sino que exige un análisis más complejo, sobre todo advirtiendo la considerable confusión que parece existir al respecto. Sin embargo, resulta que en un Proyecto que presenta como especial novedad en esta materia esta medida, el legislador desaprovecha la ocasión de resolver adecuadamente los problemas derivados de la interpretación sistemática de los distintos tipos. Lo que se quiere señalar es que sí lo que se pretendía era reafirmar y clarificar la intervención penal, lo cierto es que el Proyecto podría haber resuelto estos problemas.
3. Por otra parte, la supuesta adaptación a las obligaciones derivadas de las Directivas de Unión Europa no ha tenido en cuenta que en este instrumento jurídico, siguiendo un criterio mayoritario en la doctrina internacional al respecto, se diferencia la protección entre los casos que están por debajo de esa edad y los que se encuentran entre ésta y los dieciocho años: en esta última franja también se dispensa protección frente a los abusos de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia, o de una situación de vulnerabilidad. Sin embargo el Proyecto no sólo no ha incluido disposición alguna para estas situaciones, sino que además, al eliminar la protección contemplada en el actual delito de corrupción de menores, retira la intervención penal completamente

- en esta franja (a excepción de lo previsto para la explotación sexual, la trata y la pornografía infantil).
4. De todo ello se deduce, según creo, que hubiera sido preferible incluir en el artículo 183 una diferenciación clara en esta dirección:
 - a. Manteniendo una protección absoluta sobre los menores de catorce años (concediendo a las instancias internacionales una razonable armonización).
 - b. Clarificando una protección moderada en la franja de catorce a dieciocho: exigiendo el abuso de posición de confianza o autoridad, o de situación de vulnerabilidad, insistiendo en la idea señalada de la asimetría o desequilibrio. En este sentido, carecería de sentido mantener el actual delito de corrupción. En todo caso, incorporando la cláusula según la cual la proximidad de edad o de madurez psíquica o física permite la exención de responsabilidad.

V. Las reformas en materia de pornografía infantil

1. La regulación vigente desde 2010

Tras las Reformas de 1999, 2003 y 2010 los delitos de pornografía infantil han quedado estructurados en el artículo 189 a partir de la diferenciación entre las actividades de captación de menores con estos fines, financiación de las mismas y lucro de las ganancias obtenidas con ellas, de las de producción y distribución del material. Por otra parte, como tipos atenuados, la reforma de 2003 incluyó la posesión del material pornográfico para el propio consumo y la elaboración de pornografía infantil utilizando a menores indirectamente, manipulando sus voces o sus imágenes.

De este modo, el Código penal español ha avanzado hacia una política criminal más severa, ya que no se limita a castigar la pornografía infantil que utiliza a menores de forma directa, sino que admite esta modalidad indirecta, en la que en la elaboración se manipulan las voces o imágenes de los menores. Sin embargo,

no se había llegado aún, como sin embargo propone el Proyecto de 2013, a la tipificación de la pornografía realizada con métodos virtuales o empleando a adultos que parecen niños⁵⁶.

Para clarificar el punto de partida de este análisis, conviene recordar que el tipo básico en los delitos de pornografía infantil lo representa el artículo 189.1, primer párrafo, en el que se recogen diversas conductas, todas ellas relacionadas con la utilización de menores o incapaces con fines exhibicionistas o pornográficos, bien en espectáculos públicos o privados, bien con el propósito de elaborar material pornográfico para su posterior difusión. Cabe diferenciar las siguientes modalidades:

- Captar o utilizar a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiar cualquiera de estas actividades o lucrarse con ellas.
- Producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o poseerlo para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

Para apreciar el delito básico basta con que el autor lleve a cabo alguna de las conductas que aparecen enumeradas en el

56 En atención a esto, podemos llegar a una conclusión razonable en torno a la polémica creada sobre la difusión hace unos años de la película “A serbian film” en el Festival de Cine de Valladolid: en este caso, se abrió un proceso penal contra el director de dicho Festival por exhibir esta película, en la que entre diversas escenas de pornografía y violencia, se mostraba la imagen de un adulto violando a un bebé, que al parecer era un muñeco. En la discusión sobre si en este supuesto cabe apreciar un delito de difusión de pornografía infantil, lo relevante no es si el film puede considerarse material pornográfico o creación artística, sino el hecho de que según nuestro Código Penal, si no se utilizó directa o indirectamente a un niño real, los hechos son irrelevantes (desde un punto de vista de aplicación de la ley penal).

precepto. Si realizara dos o más (por ejemplo, la misma persona elaborara el material y luego lo distribuyere), seguiríamos estando ante un sólo delito del 189.1. La pena es de tres meses a un año de prisión.

El artículo 189.3 recoge una serie de circunstancias agravatorias (pena de prisión de cinco a nueve años):

- a) cuando se utilicen a menores de 13 años;
- b) cuando los hechos revistan carácter especialmente vejatorio;
- c) especial gravedad por el valor económico del material pornográfico;
- d) cuando el material represente a niños o incapaces que son víctimas de violencia física o sexual;
- e) pertenencia a organización criminal;
- f) cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier persona encargada de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

Como se ha señalado, en 2003 se tipificó la posesión de material pornográfico infantil para el propio consumo, como una modalidad atenuada con pena de de presión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años. La reforma de 2003 introdujo también (en el artículo 189.7) el delito de producción y difusión de material pornográfico con utilización indirecta de menores. Este artículo castiga (con prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años) al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

2. Fases en la evolución hacia una línea político criminal punitivista

El avance hacia una política criminal más represiva se encuentra en sintonía con una tendencia que ha ido cobrando fuerza en el Derecho Internacional, y que, al amparo del interés especial en la protección de la infancia parece validar una por ahora imparable expansión del Derecho Penal en este ámbito.

Oxman, que realiza un valioso trabajo en el que revisa la evolución política criminal de esta cuestión en Estados Unidos, muestra acertadamente los aspectos más significativos de esta progresión, evidenciando por otra parte que las políticas de la Unión Europea o del Consejo de Europa se encuentran notablemente influidas por el alcance del debate en aquel país⁵⁷. De este modo, Oxman expone como el origen de la discusión en torno a la pornografía se situó en un primer momento en la reacción frente a los contenidos pornográficos explícitos, *hard-core*, que se comercializaron por primera vez en Estados Unidos en la década de los setenta del siglo XX. En esta primera fase, no se abordaba la cuestión de la diferenciación del material pornográfico según intervinieran adultos o menores, sino que la discusión se centraba más bien en el contenido “obsceno” del material, aspecto que se consideró decisivo para la intervención penal⁵⁸. En un segundo momento, la decisión del Tribunal Supremo, en el caso *Stanley v. Georgia*, asentó el principio según el cual la posesión del material pornográfico en el que intervienen adultos, cuando se destina a un consumo privado, está amparada por los derechos a la libertad individual

57 Muy recomendable para comprender el fenómeno de la pornografía infantil y su tratamiento político-criminal y criminológico, OXMAN, N.: “Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica”, *Política Criminal*, vol. 6, nº 12, 2011, pp. 253-295.

58 La decisión que sienta esta línea jurisprudencial es la pronunciada por el Tribunal Supremo a raíz del caso *Miller v. California*, según la cual la prueba de “lo obsceno” (cuya apreciación descarta la libertad de expresión y da pie a la intervención penal), depende del juicio de una persona media que utilice el estándar de la comunidad en el momento, teniendo en cuenta el interés lascivo en la medida en que, por un lado, la obra evaluada representa o describa, en una forma ofensiva una conducta sexual explícita, y, por otro, carezca de sentido literario, artístico, político o de valor científico (cfr. OXMAN, N., “Aspectos político-criminales...”, 2011, cit., p. 257; de interés también, la bibliografía norteamericana citada por este autor: BARUCH, J.: “Case comments: constitutional law: permitting virtual child pornography—a first amendment requirement, bad policy, or both? *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002)”, *Florida Law Review*, t. 55 (2003), p. 1074; BOYCE, R. / DRIPPS, D. / PERKINS, R.: *Criminal Law and Procedure*, 9ª ed., New York, 2004, Thomson, p. 437.

y a emitir e intercambiar ideas⁵⁹. El caso *New York v. Ferber*, en 1982, representa una nueva etapa en la que cobra protagonismo el interés superior de la infancia, que ha de presidir cualquier consideración en torno a la pornografía infantil. En estos casos, la comercialización del material no puede ser considerada como ejercicio de la libertad de expresión: la “obscenidad” no resulta un criterio válido para los supuestos en los que se lesionan los intereses de los menores⁶⁰.

Cabe afirmar que hasta este punto se ha consolidado un considerable consenso, pero éste se deshace cuando, una vez asentado el interés especial en la protección de la infancia, una posición endurece progresivamente la reacción penal frente a estos hechos, mientras que otros sectores muestran sus reticencias frente a las consecuencias de una política criminal decididamente punitivista.

El primer desencuentro se produce ante la tipificación de la mera posesión de la pornografía. Como se viene señalando y el trabajo de Oxman ha mostrado con claridad, también en relación con este asunto el debate se planteó en primer lugar en Estados Unidos. La sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso *Osborne v. Ohio*, en 1990, afirmó que tampoco se podía invocar la libertad de expresión individual en los casos de posesión de pornografía infantil (supuesto de un sujeto que había sido descubierto con cuatro fotografías de menores desnudos en su casa). El argumento esencial utilizado por el Tribunal es que la posesión representa un peligro objetivo, en la medida en que el poseedor de las imágenes podría utilizarlas para mostrarlas a menores y de este modo seducirlos y favorecer concretos abusos sexuales sobre ellos⁶¹.

En la doctrina norteamericana, el fundamento de esta criminalización se hace descansar en distintas teorías. La primera

59 Cfr. sobre este caso, OXMAN, N.: “Aspectos político-criminales...”, cit., p. 259.

60 Nuevamente, OXMAN, N.: “Aspectos político-criminales...”, cit., pp. 262 y ss.

61 Sobre esta sentencia, cfr. ANGLIN, H.: “The potential liability of federal law-enforcement agents engaged in undercover: Child pornography investigations”, *New York University Law Review*, nº 77, 2002, p. 1113.

de ellas pone el acento en la supuesta peligrosidad objetiva derivada de la posesión de este material. Según Fletcher y su teoría del riesgo general para la comunidad, estaríamos ante un delito de posesión en el que, a diferencia de otros casos en los que los materiales poseídos en sí mismos resultan inocuos (por ejemplo, las herramientas para el robo), el material pornográfico (como las armas o las drogas) contiene en sí mismo un peligro que puede afectar a terceros⁶². En la tramitación de la ley que castigó expresamente estos comportamientos (*The Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act of 1990*), se argumentó que la posesión de la pornografía permite la reproducción permanente de una situación concreta de abuso o agresión, ya que las imágenes exponen la vulneración de los derechos del menor y, por otra parte, que dicha posesión contribuye a reactivar la cadena del mercado de la pornografía (favoreciendo la demanda y ésta a su vez la oferta)⁶³. Por último, también se invocó el sentir de rechazo generalizado en la sociedad ante este tipo de conductas.

En el debate seguido en España a la criminalización de la posesión de la pornografía infantil (en 1999 se castiga la posesión para la comercialización y en 2003 la posesión para el consumo), encontramos algunos de estos argumentos. En 1999, Gimbernat Ordeig mostraba su conformidad con la tipificación de la comercialización (realizada por la Reforma de 1999) y reclamaba el castigo de la adquisición. Los argumentos esgrimidos coincidían con los opuestos en el debate norteamericano ante la Ley de 1990: la visualización del material pornográfico perpetúa el ataque a la libertad y la dignidad de los niños utilizados y contribuye al mantenimiento y expansión de la industria de la pornografía infantil

62 Cfr. FLETCHER, G.: *Rethinking Criminal Law*, New York, 2000, Oxford University Press, pp. 198 y ss.

63 Con relación a estos argumentos, cfr. SCHMIDT-SANDWICK, R.: “Constitutional law-freedom of speech: Supreme Court strikes down two provisions of the child pornography prevention act (CPPA), leaving virtual child pornography virtually unregulated. *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 122 S. Ct. 1389 (2002)”, *North Dakota Law Review*, nº 79, 2003, p. 186.

que conlleva la comisión de graves delitos sexuales⁶⁴. En contra, se ha opuesto que la tipificación de estos comportamientos responde al interés en proteger una moral colectiva difusa, quedando difuminada la protección de bienes jurídicos⁶⁵.

Más detenidamente, Oxman considera que al no existir un criterio que informe adecuadamente del riesgo que para la comunidad general presenta la mera posesión del material, la criminalización no sirve a la protección de bien jurídico alguno y atenta contra la libertad individual⁶⁶. Entiende este autor que esta medida se incardina en una nueva moral que “reclama la punición de todas las formas de intervención posible en la sexualidad infantil, incluyendo aquellas conductas que no supongan inequívocamente la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales”, sin que la apelación a un bien difuso como puede ser la “dignidad de los menores”, justifique el quebrantamiento del principio de proporcionalidad y la prohibición de exceso⁶⁷. En su análisis, Oxman acude a distintos estudios científicos de comprobación del riesgo criminal realizados por la criminología,

64 Vid. en el prólogo a la quinta edición del *Código penal*, Madrid, 1999, editorial Tecnos. Adhiriéndose a este criterio, cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: “Acerca del delito de pornografía infantil”, en CORTÉS BECHIARELLI / OCTAVIO DE TOLEDO / GURDIEL SIERRA, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, edit. Tirant lo blanch. En sentido similar, GÓMEZ TOMILLO, M.: “Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpe>. También a favor, cfr. ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma de la Ley Orgánica 15/2003 en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Estudios Jurídicos*, 2004, pp. 1693 y ss., si bien exigiendo la intención de poseer que requiere, a juicio de este autor, que el material se haya guardado en la memoria del soporte informático.

65 Cfr. MORALES PRATS, F.: “Pornografía infantil i Internet”, en *Jornadas de Responsabilitat Civil i Penal dels Prestadors de Serveis a Internet*, 2001, disponible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20062>; en sentido similar PRATS i CANUT, M.: “Aspectos penales de la explotación de la infancia”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C., *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Madrid, 1998, edit. CEDECS, pp. 124 y ss.

66 Cfr. OXMAN, N, “Aspectos político criminales...”, cit., p. 270.

67 Cfr. OXMAN, N, op.cit., p. 274.

concluyendo en que el riesgo de comisión de delitos sexuales en los condenados por posesión de pornografía infantil es muy bajo, por lo que la sociedad debe plantearse si merece la pena un incremento punitivo para neutralizar todo posible ataque a los derechos de la infancia⁶⁸.

Sin embargo, a mi juicio, las conclusiones obtenidas con este enfoque no pueden ser decisivas: centran la discusión en la validez de la teoría del riesgo para la comunidad general, reduciéndola a la comprobación de un peligro muy concreto, el de que los poseedores de material cometan delitos sexuales. Pero ni esta teoría es la más adecuada para justificar la intervención penal, ni los estudios a los que Oxman hace referencia son los idóneos para explicar el riesgo de estas conductas, ya que se limitan a la posibilidad de que el poseedor cometa un delito sexual. Veamos esto más despacio, comenzando por esta última cuestión.

Una correcta valoración del riesgo que se genera para terceros con la posesión del material no puede quedarse con un análisis sobre la reincidencia o comisión de delitos sexuales por parte de los poseedores condenados. Aunque, como puede observarse en algunas de las sentencias más arriba comentadas, sí que cabe apreciar un *modus operandi* en concretos abusadores (especialmente en aquellos que eligen víctimas de edades comprendidas entre los ocho y los once años), consistente en introducir al menor en el contacto sexual tras mostrarle imágenes de pornografía, la discreta incidencia de esta táctica no permite obtener conclusiones significativas.

El auténtico alcance del riesgo objetivo relacionado con la distribución de la pornografía únicamente puede ser entendido si se tiene en cuenta lo que ha representado internet en este ámbito. Como se ha señalado al inicio de este trabajo, las facilidades de comercialización y de acceso, las características de la red que favorecen el anonimato, con la incorporación de nuevos y numerosos consumidores, han propiciado un reconocible

68 Cfr. OXMAN, N., *op.cit.*, p. 291.

aumento del mercado de la pornografía infantil. Cualquier mínima aproximación a este fenómeno advierte que este mercado se sustenta en las facilidades de oferta y demanda y que en él resulta esencial un consumo que ya no corresponde en exclusiva a un sector muy reducido de la población, con un perfil de pedofilia o pederastia, sino que se expande entre ciudadanos “normales”, usuarios de la red, que acceden a este material tras un proceso de desinhibición propiciado por la privacidad y el mencionado anonimato. Las características de internet permiten además que el mero consumidor se convierta con un simple click en un difusor, favoreciendo la circulación del material.

Ésta es la situación que ha de tenerse en cuenta para valorar la peligrosidad objetiva de la adquisición y posesión de la pornografía, tomando en consideración que un mercado en expansión exige un aumento de la producción, por lo que es imposible negar, a mi juicio, que el consumo contribuya a la realización de nuevos abusos. Pero no a los llevados a cabo por el poseedor que utiliza el material para seducir a menores, sino a los que propicia el que quiere lucrarse en este negocio y necesita material para comerciar.

Siendo esto así, no obstante, el fundamento esencial de la intervención penal en este ámbito viene determinado por el daño causado a los menores que han sido usados para la elaboración de un material concreto. Nuevamente aparece la necesidad de definir la lesividad de estas conductas y aquí parece que permanecen algunas dudas que en mi opinión es preciso despejar. No puedo compartir la opinión de Oxman cuando afirma que la apelación genérica a “un bien jurídico tan difuso como la dignidad de los menores” no justifica la intervención penal. No creo que Oxman realmente niegue a la dignidad humana la categoría de valor esencial, de bien jurídico básico para el ser humano. Ni tampoco que entienda que la dignidad de los menores tiene unos perfiles difusos. Interpreto que lo que Oxman sostiene es que en el uso de los menores para la elaboración del material pornográfico no se define con claridad la lesividad concreta sobre los derechos de los niños o, al menos, que aun presuponiendo esta lesividad en la conducta referida al uso del niño para la elaboración de la

pornografía, ese daño no se aprecia con precisión cuando lo que se hace es visualizar el material.

Sin embargo, en mi opinión, este punto de vista no es correcto. Prescinde de todas las investigaciones psico clínicas y sociológicas que han mostrado los daños emocionales y psicológicos derivados de los abusos y olvida que en la defensa de la indemnidad lo que se protege esencialmente es la dignidad de la persona, el derecho a no ser abusado, a no ser rebajado a la condición de representar un mero instrumento para el placer sexual de otros. En los supuestos de abusos sobre menores de muy baja edad (inferior a cuatro años) y sin daños físicos, como se ha intentado mostrar precisamente a partir de casos en los que dichos abusos se cometieron para la grabación de material pornográfico, puesto que cabe esperar que los niños no adviertan la trascendencia de la situación ni probablemente la recuerden, la ofensividad se explica precisamente por el atentado a la dignidad, que no es en absoluto difuso, pues representa la degradación de sujetos concretos, que son explícitamente utilizados para ser involucrados en un contexto sexual. La difusión y consumo de estas imágenes, en las que aparecen personas indefensas gravemente degradadas, no perpetúa el ataque físico pero sí que reproduce, aunque con menor intensidad, el ataque a la dignidad, no a la dignidad humana o de los menores en general, sino a la de concretos niños que son sometidos a prácticas vejatorias y abusivas. El rechazo social generalizado no se explica por la reacción de una moral sexual que no alcanza a comprender el valor de la libertad, sino que tiene que ver, en mi opinión, con el desprecio hacia estos tratos abusivos y degradantes, o al consumo de un producto que alberga el atentado contra la dignidad de una persona concreta. Hablar aquí de ejercicio de libertad queda fuera de lugar.

Pero el debate cambia cuando se trata de valorar la tipificación de la denominada pseudo pornografía (representaciones simuladas, en las que intervienen adultos que parecen niños) y de la pornografía virtual (imágenes técnicas sin niños ni personas reales). En estos casos, en los que no hay menores involucrados sí

que resulta altamente discutible la ofensividad de las conductas. La apelación a su peligrosidad en tanto que puedan representar una suerte de apología de la pederastia, de modo que su difusión contribuya a la expansión de los abusos, sin ser una banalidad, no resulta suficiente ni puede hacer olvidar la falta de afección concreta sobre bienes jurídicos individuales.

Como vemos a continuación, el Proyecto de Reforma de 2013 desoye estas objeciones y avanza en una línea punitivista de muy difícil explicación.

3. El Proyecto de Reforma de 2013 y la pornografía infantil: mayor intervención penal e inaceptable confusión

El Proyecto de Reforma de 2013 introduce modificaciones que representan un considerable endurecimiento de la intervención penal en este ámbito. En primer lugar, incorpora un tipo agravado cuando se emplea violencia o intimidación en las diversas conductas recogidas en la letra a) del artículo 189.1 (captar o utilizar menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico), al que atribuye una pena desproporcionada. En estos casos, según el nuevo 189.3, la pena será la superior en grado a la prevista en el artículo 189.1 (prisión de uno a cinco años). Al respecto hay que señalar que, si bien la diferencia de pena entre los casos en los que se utiliza violencia o intimidación y los que no, es un criterio general que se sigue en toda la protección de los menores (abusos, prostitución, trata, etc.), y que resulta acorde con las necesidades de equidad, tal vez hubiera sido preferible señalar un marco penal propio para estos casos, y no acudir a la superior en grado que representa un aumento considerable de la pena a imponer.

Con respecto de las conductas relacionadas con los espectáculos exhibicionistas o pornográficos se ha añadido un nuevo tipo, en el 189.4 (lugar antes ocupado por la corrupción de menores), que castiga con pena de seis meses a dos años de prisión al que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad. Tal vez esta

medida pueda ser explicada por su coherencia con la tipificación del consumo de la pornografía infantil y de la conducta del cliente de prostitución infantil que ya habían sido incorporadas, y que se basan en la consideración de que el consumidor o el cliente no sólo aportan una cooperación absolutamente necesaria para la consumación de estos delitos (de los cometidos por quienes colocan a los menores en esta situación y comercializan o difunden el material), sino que llevan a cabo un comportamiento antijurídico con significado propio, capaz por sí mismo de crear un riesgo jurídicamente relevante y específico para el bien jurídico indemnidad del menor.

Por otra parte, el delito de posesión del material pornográfico pasa a estar dividido en dos modalidades típicas: adquirir o poseer pornografía infantil para uso propio, en el artículo 189.5, primer párrafo (pena de prisión de tres meses a un año, o multa de seis meses a dos años, la misma que prevé el precepto vigente), y acceder a sabiendas a la pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (misma pena). Lo cierto es que si lo relevante para la intervención penal resulta ser la consideración de que el consumo perpetúa el ataque al bien jurídico indemnidad, igualmente contribuye a esta lesión la visualización del material pornográfico mediante el acceso al mismo sin previa descarga, sin que se precise la adquisición de la posesión al incorporarlo a archivos privados.

El artículo 189.2, que recoge ahora el tipo agravado, con pena de cinco a nueve años, se ve afectado por las siguientes modificaciones:

- La circunstancia de especial gravedad fundada en el valor económico del material pornográfico se sustenta ahora en la notoria importancia del mencionado material. Esta modificación, a diferencia de lo que diremos a continuación de otros cambios, merece una valoración positiva ya que la expresión “notoria importancia” puede albergar los casos de elevada cantidad de material, que explican mejor la agravación, con independencia del

valor económico (circunstancia que queda en todo caso abarcada dentro de la “notoria importancia”).

- Más discutibles son una sucesión de reformas que permiten un endurecimiento de la pena no suficientemente fundamentado. En el caso de la agravación por edad, el Proyecto propone la aplicación del tipo cualificado cuando estemos ante menores de dieciséis, en lugar de la previsión actual que se refiere a los menores de trece. La regulación vigente puede ser explicada por la especial vulnerabilidad de los niños hasta los doce años, cuando ni siquiera han comenzado los cambios físicos y psíquicos que propician el inicio de la sexualidad. Sin embargo, extender la protección agravada hasta los dieciséis, como propone el Proyecto, resulta desproporcionado (el tipo básico quedaría limitado a los casos de menores de dieciséis a diecisiete años).
- En los casos de agravación por la posición especial de protección del sujeto, en los que la ley vigente se refiere al ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz, la reforma propone indicar expresamente que también se incluyan las situaciones de guardia provisional (que en realidad no quedan excluidas, a mi juicio, en la regulación vigente), así como los casos en los que el autor es un miembro de la familia que convive con el menor o aquellos en los que se abusa de una posición reconocida de confianza o autoridad. Estas previsiones desvirtúan el sentido inicial de la circunstancia, que basa su agravación en la posición especial de cuidado que poseen determinados sujetos con relación al menor, de modo que el mayor desvalor tiene que ver no sólo con la facilidad de comisión, sino con el incumplimiento de dicho deber de protección. Y aunque es cierto que la relación de familia, la confianza o la autoridad permite una mayor facilidad, no queda del todo claro si era necesario esta previsión específica,

con una elevación de pena tan considerable (se pasa del marco de uno a cinco años de prisión a de cinco a nueve), o hubiese sido suficiente con el régimen general de circunstancias genéricas agravantes.

- Una valoración similar merece la inclusión específica de la reincidencia, contemplada ya de manera suficiente en los preceptos de la parte general, con posibilidades considerables de elevación de pena.

Sin embargo, la medida más controvertida incluida en la Reforma y que representa una modificación sustancial en este tema, es la disposición en la que se ofrece una definición de lo que se entiende por “pornografía infantil”. Con el argumento de adaptar nuestra ley penal a las obligaciones de la Directiva de 2011, de la Unión Europea, el Proyecto de 2013 considera pornografía infantil, a todos los efectos del título VIII (con el considerable aumento de conductas prohibidas que esto representa) lo siguiente:

- a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.
- c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.
- d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

Esta previsión ha de ser interpretada de forma conjunta con el nuevo número 6 del artículo 189, que señala:

“La producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trata del material pornográfico al que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo”.

La primera observación que suscita esta regulación es que si el propósito era el de seguir las indicaciones de la Directiva de 2011, realmente la vía que se ha elegido no es la más adecuada, ya que el tratamiento conferido a los casos de pseudopornografía (imágenes de adultos que simulan ser menores) o los de pornografía virtual (imágenes realistas de menores inexistentes) se aparta claramente de lo señalado en la mencionada Directiva. Es probable que se trate de una confusión, pero con importantes consecuencias. Veamos esto más despacio.

- Con respeto de la llamada pseudopornografía (imágenes de adultos que simulan ser menores), la Directiva la contempla como una de las clases de pornografía infantil, en el apartado correspondiente a las definiciones. Sin embargo, a la hora de señalar las conductas que deben ser castigadas por los Estados, con una técnica un tanto deficiente, la Directiva señala:
 - *Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el presente artículo será aplicable a los casos relacionados con la pornografía infantil a que se refiere el artículo 2, letra c), inciso iii), cuando la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes.*
- Con ello, sólo puede interpretarse que en el caso de la llamada pseudopornografía (mayores de edad que parecen niños), a pesar de que desde un punto de vista

conceptual pueda ser entendida como material susceptible de ser calificado de pornografía infantil, los actos relacionados con la misma (elaboración, difusión, producción, consumo...) sólo serán delito si los Estados así lo deciden. En consecuencia, la Unión Europea deja a los Estados miembros la posibilidad de decidir si interviene o no con el Derecho Penal en estos supuestos.

- Las disposiciones del Proyecto de Reforma de 2013 con respecto de esta clase de pornografía no han podido ser más desafortunadas. En primer lugar, cuando se refiere a lo que se considera como pornografía infantil se indica como una de las modalidades al material que representa a una persona que parece ser un menor, “salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes”. Siendo esto así, resulta obligado concluir que para el Proyecto la pseudopornografía (mayores que parecen menores) en realidad no es pornografía infantil. Por tanto, como son estas definiciones las que han de ser tenidas en cuenta de cara a la interpretación del título, habría que interpretar que todos los actos relacionados con esta clase de pornografía no son delito (y es que si el sujeto es menor, entonces el material ya se incluye en las anteriores definiciones contenidas en las letras a o b). Sin embargo, de forma confusa, el Proyecto señala en el número 6 del precepto estudiado que en estos casos (letra c), la producción y la posesión no serán punibles cuando el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado. Con ello, se produce la contradicción consistente en que tras señalar que si estamos ante mayores de edad, entonces no cabe hablar de pornografía infantil, después se admite la punición en estos casos, salvo que dicho material se encuentre en posesión del productor para su uso privado (por lo que sí que se castigaría la difusión a terceros e incluso el consumo o acceso al mismo a través de la red).

- Lo que ha hecho el Proyecto es mezclar las disposiciones que la Directiva contempla para esta clase de material (cuyo castigo deja a discreción de los Estados) con las referidas a la llamada pornografía virtual, consistente en un contenido configurado sin personas reales, a través de un diseño virtual. Esta clase de pornografía también está incluida en las definiciones de la Directiva en los mismos términos que recoge el Proyecto de Reforma, como “imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”. Con respecto a su posibilidad de tipificación, la Directiva señala que “quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si los apartados 2 y 6 del presente artículo serán aplicables a los casos en que se determine que el material pornográfico definido en el artículo 2, letra c), inciso iv), ha sido producido y está en posesión de su productor estrictamente para su uso privado”.
- Sin embargo, con relación a esta clase de pornografía el Proyecto de Reforma no contiene disposición específica alguna, confiriéndole el mismo tratamiento que a los casos en los que en el material se emplean menores. Aunque cabe la posibilidad de que esto obedezca a una confusión, lo cierto es que de entrar en vigor esta disposición representará la adopción de la línea más represiva en el tratamiento de la pornografía infantil, sin que quede debidamente justificado, por un lado, la diferencia de tratamiento entre esta pornografía virtual y los casos de pseudopornografía o, por otro, la equiparación con los supuestos más graves en los que se emplea a menores reales.

En este tema hubiese sido preferible que el Proyecto hubiera evitado trasladar la definición de pornografía infantil contenida en la Directiva de 2011, que resulta de menor rigor que otras como las contempladas en su momento en la Decisión

Marco de 2003 o el Convenio de Lanzarote, de 2010, del Consejo de Europa, que a su vez tomaba como precedente el Convenio de Budapest, sobre ciberdelincuencia, de 2001. Todas estas normas se basan en la siguiente diferenciación:

- Por un lado, se entiende por «pornografía infantil» todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales. El principio aplicable en estos casos es el de la punición obligatoria: las conductas relacionadas con la elaboración, difusión y consumo de este material han de ser castigadas por los Estados.
- Sin embargo, se prevé el criterio de la discrecionalidad de los Estados para la punición de la denominada pornografía virtual (producción y posesión de material pornográfico que consista exclusivamente en representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño no existente) o de la pseudopornografía (en el que participan niños que hayan alcanzado la mayoría de edad, cuando dichas imágenes estén en poder de su productor, con su consentimiento y únicamente para su uso particular).

De este razonable criterio se aparta ya la Directiva de 2011, imponiendo el castigo de la llamada pornografía virtual, salvo que se trate de material para el consumo privado. Con ello, se opta por una discutible posición que reclama que la intervención en estos casos es necesaria para romper el “ciclo de la pornografía”, según la cual, aunque los intereses de los menores no hayan sido lesionados en la creación del material, la difusión del mismo contribuye a una especie de apología de estos hechos, favoreciendo su expansión. Esta discutible presunción no ha sido demostrada y en todo caso olvida que la elaboración del material representa un ejercicio de la libertad de expresión y creación, que no puede ser invocado cuando se utiliza a los menores, pero que mantiene su vigencia cuando resulta ser una ficción.

El Proyecto no sólo asume esa tendencia punitivista, sino que va más allá de la Directiva al no contemplar siquiera la posibilidad de exención en los casos de producción para el propio consumo.

VI. Conclusiones y valoración final

El Proyecto de Reforma de 2013 consolida una línea político criminal punitivista en la protección de la indemnidad de los menores frente a abusos sexuales. La presentación que de esta reforma hace el Gobierno en la Exposición de motivos del Proyecto favorece la impresión de que las propuestas han sido orientadas por una comprensión populista de la delincuencia sexual sobre los menores, según la cual los recursos legislativos en este ámbito son en gran medida insuficientes, por lo que es necesario reforzar considerablemente la intervención penal. Estas consideraciones son las que parecen explicar los argumentos referidos a la elevación de la edad del consentimiento sexual, que insisten en una situación de desprotección del menor conectando con la impresión popular al respecto; o las que pretenden justificar una intervención prácticamente ilimitada en materia de conductas relacionadas con la pornografía infantil en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, cuando sin embargo el Proyecto va mucho más allá de lo que internacionalmente se está reclamando.

Esta presentación en sí misma no es afortunada ya que contribuye a producir mayor confusión en un asunto grave y complejo, en el que se aprecia un importante desencuentro entre los puntos de vista, cuando sin embargo cabe pensar que estamos ante un tema en el que debería ser más fácil elaborar algunos consensos. De este modo, de un lado se encuentra una opinión popular, que si no es mayoritaria al menos es la que más se deja oír, según la cual los abusos sexuales a menores no tienen una respuesta adecuada por parte del Estado. También existe una creciente preocupación social ante la revelación o descubrimiento de numerosos casos de abusos en instituciones

relacionadas con la protección o formación de los menores, y que suscita un debate sobre las razones de esta situación de impunidad y desprotección de las víctimas. En el panorama del Derecho Internacional se consolida una política de priorización de la protección de la infancia, que en este ámbito parece derivar a una intervención penal máxima. Sin embargo, en el debate científico se presentan con considerable énfasis posiciones absolutamente contrarias a la escalada en la intervención penal, que juzgan injustificadas las reformas que han llevado a la aparición de nuevos delitos (como la posesión de la pornografía infantil para el propio consumo, o la punición de la pornografía virtual, entre otros), a la elevación de la edad del consentimiento sexual, a la agravación de las penas o que, de entrada, dudan de la lesividad de los abusos sexuales a menores, en determinadas circunstancias, o que no conceden autonomía o significado propio al bien jurídico indemnidad.

¿Éstos son los únicos puntos de vista posibles sobre este asunto? Razonablemente, esperemos que no. Cabe esperar que, a través de un acercamiento sosegado y riguroso a este grave fenómeno, sobre la base de un mejor conocimiento científico y humano, se consigan algunos puntos de encuentro. En este trabajo se han propuesto los siguientes:

1. La gravedad de los abusos sexuales no puede ser evaluada teniendo como dato único las sentencias condenatorias y ni siquiera los informes de la Fiscalía relativos a las denuncias presentadas. El descubrimiento de un número considerable de abusos a menores en centros e instituciones, silenciado y / u ocultado durante años, que sale a la luz tras la revelación de las personas involucradas, así como los estudios sociológicos que señalan la importante diferencia entre los abusos denunciados y los que son revelados por sus víctimas al llegar a la edad adulta, da cuenta de dos datos que han de ser tomados muy en serio: que las cifras de los abusos son muy superiores a las que en un principio se manejaban; y que un importante número de víctimas

se han encontrado en una rechazable situación de indefensión.

2. Existe un contrastado mercado de pornografía infantil que ha crecido exponencialmente en las últimas décadas favorecido por la dinámica de comunicación y relación propias de internet. No existe un estudio de este mercado con cifras absolutas, ni cabe predecir con certeza su evolución, pero nadie puede negar su expansión ni desconocer que lo que se compra y se vende es un material que requiere abusos a menores.
3. En este debate deberían quedar fuera de lugar lo que se ha dado en llamar por los investigadores “falsas creencias”, o más suavemente, creencias u opiniones no debidamente argumentadas pero presentadas como ciertas, como la que afirma que las denuncias presentadas por los menores en muchos casos son falsas o están programadas por adultos. Igualmente, habría que aportar razones de peso para afirmar que los abusos pueden ser beneficiosos para los menores.
4. Es preciso incorporar una reflexión histórica que conduce a advertir cómo sólo de manera muy reciente se ha incorporado a la conciencia social la comprensión del niño como titular de derechos y portador de dignidad propia. Esta reflexión permite reconocer que los malos tratos a los niños en general y los abusos sexuales en particular no representan casos aislados de base patológica, sino prácticas extendidas en todo el mundo, explicadas más bien por causas sociales cuyo estudio es prioritario.
5. Debe ser rechazada cualquier opinión sobre la lesividad o salubridad de los abusos a menores que no esté fundada científicamente. Los numerosos estudios realizados por la psicología clínica a nivel internacional han sido capaces de describir, aun con sus limitaciones, el conjunto de secuelas que los abusos producen en sus víctimas a corto y a largo plazo. Las investigaciones más recientes han resaltado que la comprensión

del daño causado requiere trascender la simple valoración de una secuela estándar y advertir la complejidad de un proceso emocional y psicológico, con distintas fases, que adquiere características muy diversas en función de los recursos con los que pueda contar la víctima para la amortiguación del daño.

Igualmente, cabe también esperar que la investigación multidisciplinar sobre los abusos a menores y la importante evolución en la comprensión social de la sexualidad, permitan obtener una visión más nítida de los intereses que se integran en el bien jurídico “indemnidad”. Al respecto, convendría insistir en la necesidad de reelaborar el significado de este bien recordando que si en el pasado pudo mantener alguna relación con la idea de ausencia de mancha (derivada de un acto sexual considerado malo o pecaminoso), este nexo no existe en la actualidad.

Con la protección de la indemnidad se persigue, en primer lugar, evitar los daños que la psicología clínica ha logrado definir como secuelas de los abusos, diferenciando según los períodos evolutivos en la vida de la víctima (temor, ansiedad, trastornos del comportamiento y del carácter, depresión...). Además, el castigo de los abusos pretende prevenir el sufrimiento moral derivado del hecho en sí mismo y de su comprensión con el paso de los años. Pero, como se ha mostrado tras el análisis de los supuestos de abusos a niños menores de cuatro años, la lesividad de estas conductas no se queda ahí: la ausencia de sufrimiento físico o psíquico en el caso de ataques a niños muy pequeños no puede conducir a la conclusión de que en estos casos no se produce una lesividad material. En este trabajo se ha mantenido la necesidad de proteger la dignidad de los menores y de enfatizar el rechazo hacia un comportamiento que representa un menosprecio absoluto del ser humano, del menor que es usado por el adulto sin ninguna consideración ni reconocimiento de su identidad y dignidad, cosificándolo y degradándolo.

Éste es el fundamento material que ha de explicar la intervención penal. Sin embargo, comprender la necesidad de rearmar

la protección jurídico penal de los menores en el ámbito sexual no significa, por un lado, que se opte por una moral sexual represiva, algo que a estas alturas no merece mayor explicación, ni, por otro lado, que se abogue por una política de punición infinita, en la que se pierde de vista la lesividad material de estos hechos y los bienes jurídicos protegidos.

Al respecto, a lo largo de la investigación se ha mantenido que la elevación de la edad del consentimiento no es una cuestión que pueda ser atendida con un simple pronunciamiento a favor o en contra, sino que requiere un análisis más complejo, que advierta que la protección de los menores no depende en exclusiva de esta cuestión, ya que es preciso diferenciar entre una etapa de protección absoluta, que en Derecho comparado es la que se extiende hasta la llamada edad del consentimiento y una fase de protección relativa, en la que la tutela se hace depender de diversos factores. El Proyecto parece olvidar esta diferenciación, desaprovechando la ocasión de resolver adecuadamente los problemas derivados de la interpretación sistemática de los distintos tipos: si lo que se pretendía era reafirmar y clarificar la intervención penal, lo cierto es que el Proyecto podría haber resuelto estos problemas y sin embargo no lo ha hecho. Por tanto, en lugar de lo indicado en el Proyecto propongo incluir en el artículo 183 la siguiente diferenciación:

- Establecer una protección absoluta sobre los menores de catorce años (concediendo a las instancias internacionales una razonable armonización).
- Clarificar una protección moderada en la franja de catorce a dieciocho: exigiendo el abuso de posición de confianza o autoridad, o de situación de vulnerabilidad, insistiendo en la idea señalada de la asimetría o desequilibrio.

Sin embargo, las propuestas más controvertidas del Proyecto son las referidas a la pornografía infantil. Por un lado, una redacción apresurada, con apreciables incoherencias, lleva a consecuencias paradójicas que hacen pensar en un error más

que en una determinada opción, en el caso de la llamada pseudo-pornografía (material pornográfico en el que intervienen adultos que simulan ser niños): tras concluir que esta clase de material no será considerado pornografía infantil, se admite su castigo salvo que se destine al consumo privado. Por otra parte, en el caso de la pornografía virtual (imágenes sin niños reales elaboradas artificialmente), el Proyecto inaugura una línea represiva más allá de lo previsto en los instrumentos internacionales, al admitirla como una clase de material pornográfico y castigar las conductas de elaboración, difusión y consumo con la misma pena que la prevista para los supuestos en los que el material se elabora con niños reales.

El Proyecto de Reforma no es afortunado. En un asunto tan grave y complejo como el de los abusos a menores, después de superar todas las confusiones históricas sobre el bien jurídico a proteger o sobre la magnitud real de este problema; tras conseguir aclarar que lo determinante para la intervención penal no es la supuesta obscenidad del material pornográfico sino el uso de los menores y el daño que para los mismos se deriva de estos hechos; en fin, después de clarificar la necesidad de reafirmar el interés esencial de proteger a los menores (sin que esto represente abogar por la punición ilimitada), el legislador europeo y el proyecto de reforma español aún de forma más elocuente, optan por una discutible opción punitivista a todas luces innecesaria, que parece cargar de razones a los que discuten las medidas que reafirman la protección de los menores calificándolas de una suerte de “caza de brujas”. Sería penoso que esto impida ver la necesidad, ahora más que nunca, de apuntalar esta protección, siempre en todo caso, de que tenga lugar esa lesividad derivada de la afección directa del menor.

Bibliografía

AGUILAR CÁRCELES, M.: “Abuso sexual en la infancia”,
Anales de Derecho, nº 27, 2009.

- ANGLIN, H.: “The potential liability of federal law-enforcement agents engaged in undercover: Child pornography investigations”, *New York University Law Review*, nº 77, 2002.
- BARUCH, J.: “Case comments: constitutional law: permitting virtual child pornography-a first amendment requirement, bad policy, or both? Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002)”, *Florida Law Review*, t. 55 (2003).
- BEGUÉ LEZAÚN, J.J.: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: (Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril)*, Barcelona, 1999, Bosch.
- BEITCHMAN, J.H. / ZUCKER, K.J. / HOOD, J.E. / DA COSTA, G.A.: “A review of the short-term effects of child sexual abuse”, *Child Abuse and Neglect*, nº 15, 1991.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “Art. 189” en DÍEZ RIPOLLÉS / ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, vol. II, Valencia, 2004, Tirant lo Blanch.
- BOYCE, R. / DRIPPS, D. / PERKINS, R., *Criminal Law and Procedure*, 9ª ed., New York, 2004, Thomson.
- BUENO ARÚS, F.: “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación de la reforma española de 1999”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial nº 21, Madrid, 2000.
- CANCIO MELIÁ, M.: “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley*, nº 80, 2011.
- CARUSO FONTÁN, V.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor”, *Revista Penal*, nº 28, 2011.
- COMPAÑY CATALÁ, J.M.: “La mayoría de edad a efectos de validez del consentimiento sexual”, *La Ley Iuris*, nº 206, pp. 1 y ss. (disponible en <http://revistas.laley.es/content>)
- CORTÉS ARBOLEDA, M.R. / CANTÓN DUARTE, J.: *Malos tratos y abuso sexual infantil*, Madrid, 1997, Siglo XXI.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, 1985.

- “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial nº 21, Madrid, 2000.
- ECHEBURÚA, E. / DE CORRAL, P.: “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia”, *Cuaderno de Medicina Forense*, nº 12, 2006.
- ECHEBURÚA, E. / GUERRICAECHEVARRÍA, C.: *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico*, 2ª ed., Barcelona, 2005, Ariel.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “La reforma de la Ley Orgánica 15/2003 en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Estudios Jurídicos*, 2004.
- FINKELHOR, D.: “The international epidemiology of child sexual abuse”, *Child Abuse and Neglect*, nº 18, 1994.
- “Epidemiological factors in the clinical identification of child sexual abuse”, *Child Abuse and Neglect*, nº 17, 1993.
- FLETCHER, G.: *Rethinking Criminal Law*, New York, 2000, Oxford University Press.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General del Derecho Penal*, nº 20, 2013.
- GARCÍA VALDÉS, C.: “Acerca del delito de pornografía infantil”, en CORTES BECHIARELLI / OCTAVIO DE TOLEDO / GURDIEL SIERRA, *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, edit. Tirant lo Blanch.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Prólogo a la quinta edición del Código penal*, Madrid, 1999, Tecnos.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: “Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- HEALY, W.: *Healy MT Pathological Lying, Accusation, and Swindling: A Study in Forensic Psychology*, Boston, 1915, Little Brown.

- KEMPE, C.H. / SILVERMAN, F.N. / STEELE, B.F. / DROEGE-MUELLER, W. / SILVER, H.K.: “The battered child syndrome”, *Journal of the American Medical Association*, 1962.
- LAMARCA PÉREZ, C.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2011, Colex.
- LAMB, M.E.: “The investigation of child sexual abuse: An interdisciplinary consensus statement”, *Child Abuse and Neglect*, nº 18, 1994.
- LÓPEZ / HERNÁNDEZ / CARPINTERO: “Los abusos sexuales de menores: Concepto, prevalencia y efectos”, *Infancia y Aprendizaje*, nº 71, 1995.
- MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores*, Valencia, 2014, Tirant lo blanch.
- MONGE FERNÁNDEZ, A.: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, Barcelona, 2011, Bosch.
- MORALES PRATS, F.: “Pornografía infantil i Internet”, en *Jornadas de Responsabilitat Civil i Penal dels Prestadors de Serveis a Internet*, 2001, disponible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20062>.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid, 2005, Dykinson.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Valencia, 2010, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, E. / SUÁREZ - MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2010, edit. Tirant lo Blanch.
- OXMAN, N.: “Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica”, *Política Criminal*, vol. 6, nº 12, 2011.

- PÉREZ CEPEDA, A.M., en GÓMEZ RIVERO (coord.), *No-
ciones fundamentales de Derecho Penal*, Madrid, 2010,
edit. Tecnos.
- PRATS i CANUT, J.M.: “Aspectos penales de la explotación de
la infancia”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C., *Explota-
ción y protección jurídica de la infancia*, 1998, CEDECS.
- RAMÓN RIBAS, E.: *Minoría de edad, sexo y Derecho Penal*,
Navarra, 2013, Thomson Reuters.
- RAGUÉS i VALLÉS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.),
Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed., Bar-
celona, 2011, Atelier.
- RODRÍGUEZ ALMADA, H.: *Maltrato y abuso sexual de meno-
res. Una revisión crítica*, Granada, 2006, Comares.
- ROPERO CARRASCO, J.: “El Derecho Penal ante la mutilación
genital femenina”, en *La Ley*, 2001.
- SCHMIDT-SANDWICK, R.: “Constitutional law-freedom of
speech: Supreme Court strikes down two provisions of
the child pornography prevention act (CPPA), leaving
virtual child pornography virtually unregulated. *Ashcroft
v. Free Speech Coalition*, 122 S. Ct. 1389 (2002)”, *North
Dakota Law Review*, nº 79, 2003.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La protección penal del menor
frente al abuso y la explotación sexual*, Cizur Minor,
2002, Aranzadi.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “El nuevo delito de corrupción
de menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y
Criminología*, 1999.
- VÁZQUEZ, B. (coord.): *Abuso sexual infantil. Evolución de la
credibilidad del testimonio. Estudio de 100 casos*, Madrid,
2004, Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia.
- VELÁZQUEZ BARÓN, A.: *Los abusos sexuales*, Barcelona,
2004, Bosch.
- WATKIN, S.A.: “The Mary Ellen myth: Correcting child welfare
history”, *Social Work*, nº 35, 1990.