

LES FRAYDELT PRO

# Revista

Julio 2011

28

# blanch



blanch

# Revista Penal

Número 28

## Sumario

---

### Doctrina

- Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal, por *Juana del Carpio Delgado* ..... 5
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor, por *Viviana Caruso Fontán* ..... 29
- Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica, por *Donato Castronuovo* ..... 44
- ¿Para qué necesitamos una coautoría imprudente?, por *Andreas Hoyer*..... 56
- El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado, por *M<sup>a</sup> José Jordán Díaz-Roncero e Ignacio Comes Raga*..... 67
- Los límites de la amnistía, por *Juan Antonio Lascuráin*..... 95
- Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* ..... 114
- ¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?, por *Adán Nieto Martín* ..... 136
- Mandato de determinación y consecuencia jurídica, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* ..... 153
- La legislación penal relativa a la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual a nivel internacional por *Shizhou Wang* ..... 165
- Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad, por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* ..... 187
- Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ..... 197
- Sistemas penales comparados:** El delito de blanqueo de dinero ..... 207
- Bibliografía:** Notas bibliográficas sobre pena de muerte, historia del Derecho penal y Derecho penal Internacional, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 269
- Noticias.** Próximo encuentro del Grupo Nacional español de la Asociación Internacional de Derecho Penal..... 293



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

### Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

### Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Shizhou Wang (China)	Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Adán Nieto Martín y (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Dimitris Ziouvas (Grecia)	Baris Erman (Turquía)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)	Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email:tlb@tirant.com  
http://www.tirant.com  
Librería virtual: http://www.tirant.es  
DEPÓSITO LEGAL:  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Compobell  
MAQUETA: PMc Media

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



## Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor

Viviana Caruso Fontán

Profesor Ayudante Doctor  
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

Revista Penal, n.º 28.— Julio 2011

**PALABRAS CLAVE:** libertad e indemnidad sexuales, minoría de edad, vulnerabilidad, violencia, intimidación, agresiones y abusos sexuales, pornografía infantil, prostitución.

**KEYWORDS:** sexual freedom, sexual indemnity, minors, vulnerability, violence, intimidation, sexual assault, sexual abuse, child pornography, prostitution.

**RESUMEN:** El Código penal de 1995 estructuró los delitos contra la libertad sexual conforme al bien jurídico que estaban llamados a proteger, relegando las conductas sexuales que se lleven a cabo con menores de 13 años, sin utilizar violencia o intimidación, a la figura de los abusos sexuales. Las reformas que se emprendieron desde entonces han tenido como uno de sus objetivos fundamentales mitigar la supuesta desprotección que sufren los menores de 13 años en el ámbito de los delitos sexuales como consecuencia de esta situación. En este contexto el legislador de 2010 crea un nuevo artículo 183 destinado a individualizar el tratamiento que reciben los menores de 13 años frente a las agresiones y abusos sexuales.

**ABSTRACT:** The Criminal Code in 1995 structured the sexual offenses in accordance with sexual freedom. Since then, this sexual behavior carried out with persons under 13 years old without using violence or intimidation, are included in the figure of sexual abuse. Subsequent reforms have aimed at reducing the vulnerability faced by children under 13 years old in the field of sexual offenses. In this context, the legislature of 2010 created a new section 183 intended to individualize the treatment given to children under 13 years old in the field to assault and sexual abuse

Después de una larga tradición legislativa donde imperaba el convencimiento de la necesidad de proteger a

través de las leyes penales la honestidad de las mujeres, así como de la de sus padres y maridos<sup>1</sup>, la aprobación

1 Un buen ejemplo de ello lo constituía la figura del rapto impropio que castigaba al hombre que privare de su libertad a una doncella de entre 12 y 23 años con fines sexuales, habiendo prestado esta su consentimiento al acto, ya que en todo caso la Ley presumía que había mediado engaño. Martín Losantos, P.: *Prolegómenos de Derecho Penal*, Palma de Mallorca, 1871, pág. 302. Respecto al bien jurídico «honestidad» y a la protección del bien jurídico «integridad moral de la familia» a través de estos tipos, ver: Álvarez Cid, J., Álvarez Cid, T.: *El Código Penal de 1870*, Tomo II, Córdoba, 1908, pág. 238. Bello Landrove, F.: *La Familia y el Código Penal español*, Madrid, 1977, pág. 274. Soler, S.: *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Buenos Aires, 1978, pág. 270. Cuello Calón, E.: *Derecho Penal, Parte Especial*, T. II, Barcelona, 1980, pág. 582. Díez Ripollés, J. L.: *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Barcelona, 1982, pág. 17. Groizard, A., Gómez de la Serna, P.: *El Código Penal de 1870, Concordado y Comentado*, Salamanca, 1893, pág. 5. Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Sevilla, 1979, pág. 320. Fontán Balestra, *Delitos sexuales*, Buenos Aires, 1945, pág. 42. Díez Ripollés, J. L.: *El Derecho Penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido de Derecho Penal sexual)*, Barcelona, 1981, pág.

de la Constitución de 1978, asentada sobre los pilares de la libertad y la igualdad, determinó la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho penal sexual<sup>2</sup>. Este cambio se inició en el mismo año adaptando a los nuevos postulados la figura del estupro<sup>3</sup>, y continuó en el año 1989, reconociendo a la libertad sexual como valor a proteger por estos delitos<sup>4</sup>.

El nuevo Código penal de 1995 pretendió dejar atrás todo vestigio de las antiguas concepciones, proponiendo una nueva clasificación de las conductas delictivas que nada tuvo que ver con la utilizada hasta el momento. Si la honestidad, como bien jurídico protegido, había

llevado a entender que lo determinante para graduar la gravedad de una conducta era el acto sexual realizado, y en todo caso, si había mediado penetración vaginal o no<sup>5</sup>, el reconocimiento de la libertad sexual, como valor a proteger, exigía relegar a un segundo plano esta circunstancia para centrarse en la entidad del ataque a la libertad sufrido por la víctima<sup>6</sup>. De esta forma, se crea un nuevo lazo que relaciona estrechamente a los delitos contra la libertad, como las amenazas y las coacciones, con los delitos sexuales, en cuanto la libertad sexual se configura como una específica manifestación en un ámbito concreto del genérico bien jurídico «libertad»<sup>7</sup>.

82. Sobre el concepto de «moral sexual» ver: Sáinz Cantero, J. A.: «La reforma del Derecho Penal sexual» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1978, pág. 237. Muñoz Conde, F.: «Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código Penal)» en *Estudios Penales y Criminológicos*, Madrid, 1989, pág. 269. Gómez Pavón, P.: «El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal de 23 de noviembre de 1995» en *Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 1995, pág. 295.

2 En este sentido Díez Ripollés señalaba que «la concepción esencialmente negativa de la sexualidad, —que derivara de la ética cristiana—, fue modificándose por una valoración positiva, como fuente de autosatisfacción y autorrealización de la persona». Díez Ripollés, J. L.: *El Derecho Penal ante el sexo*, Barcelona, 1981, pág. 5.

3 Sobre esta reforma ver: Díez Ripollés, J. L.: «La reforma del Derecho Penal sexual y la propuesta de 1983», en: *Documentación Jurídica*, vol. 1, Madrid, 1983, pág. 447. Sáinz Cantero, J. A.: «El perdón del representante legal y guardador de hecho en la Ley 46/1978 de 7 de octubre por la que se modifican los delitos de estupro y rapto», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1978, pág. 509. Silva, A. I.: «Consideraciones sobre la reforma de los delitos de estupro y rapto», en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1979, pág. 93. Farre Trepal, E.: «Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1984)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1986, pág. 628. Zugaldía Espinar, J. M.: «Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto (Análisis de la Ley 46/1978 de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1978, pág. 591.

4 Esta reforma significa un paso muy importante en la modernización de los delitos sexuales ya que el legislador decide equiparar en los tipos de violación y abusos (que pasan a llamarse agresiones sexuales) la condición de hombre y mujer como sujetos pasivos y activos del delito. Además, se amplía la conducta típica del delito de violación pasando a utilizarse el término «acceso carnal» que incluirá tanto las penetraciones que se realicen por vía vaginal, anal como bucal. La modificación del nombre reservado a las conductas que no consisten en penetración (pasan de llamarse «abusos deshonestos» para ser «agresiones sexuales») reviste especial importancia, ya que acompaña el cambio iniciado en 1978 en relación al bien jurídico protegido, abandonando las posibles referencias a la protección de la moral sexual. Al respecto ver: Boix Reig, J., Orts Berenguer, E., Vives Antón, T.: *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, pág. 144. Fernández Rodríguez, M. D.: «Condición femenina y represión», en *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1993, pág. 9. Suárez Rodríguez, C.: *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Pamplona, 1995, pág. 104. Carmona Salgado, C. en Cobo del Rosal, M. (dir.): *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 1993, pág. 276. Orts Berenguer, E.: «El delito de violación», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, 1992, pág. 123.

5 Hasta la reforma de 1989, la expresión utilizada por el legislador para definir la conducta propia de la violación era «yacimento», la cual era interpretada como penetración vaginal. Por tanto las conductas propias de penetración bucal y anal quedaban relegadas a la figura de los abusos deshonestos. Las razones por las que se consideraba la penetración vaginal como la conducta sexual más grave derivaban de la importancia que revestía por entonces la virginidad de la mujer y el peligro de sufrir un embarazo no deseado. Al respecto: Carmona Salgado, C.: «La normativa de los abusos deshonestos en el proyecto de Código Penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980, pág. 72. Valdecabres Ortiz, I.: «La mujer y la familia en el Proyecto de Código Penal», en: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, 1993, n.º 86, pág. 1.

6 En contra de la reforma operada en 1995: Carmona Salgado, C. en: Cobo del Rosal, M. (dir.): *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1996, pág. 174. De la misma autora también ver: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Cobo del Rosal, M.: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1999, pág. 432. La autora consideró esta reforma innecesaria ya que consiguió anular los efectos positivos de la reforma de 1989 e introdujo una confusa y heterogénea normativa.

7 «La libertad sexual viene, por tanto, configurada e tutelada como un esencial e insuprimible atributo de la libertad individual». Marino, R. y Beltrani, S.: *Le nueve norme sulla violenza sessuale. Comentario sistemático alla L. 15.2.96 n.66*, Napoli, 1996, pág. 26. También al respecto ver: Blanco Lozano, C.: «Libertad y tutela jurídica penal», en González Rus, J. J. (coord.): *Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, pág. 73. También al respecto: Banaclocheo Palao, J.: *La libertad personal y sus limitaciones*, Madrid, 1996, pág. 5. Landrove Díaz, G.: *Detenciones ilegales y secuestros*, Valencia, 1999, pág. 24. Una parte de la doctrina llegó, incluso, a sostener la conveniencia de privar de un título específico a los delitos sexuales, integrándolos en un subepígrafe dentro de los delitos contra la libertad en general. En este sentido Maqueda Abreu sostuvo: «llama la atención que el nuevo Código penal mantenga

La regulación tradicional de los delitos sexuales dividía básicamente las posibles conductas en «violación» y «abusos deshonestos», incluyendo en el primer grupo a aquéllas en las que hubiera mediado penetración vaginal y, en el segundo grupo, a las conductas en las que sin mediar este tipo de penetración pudiera justificarse un contenido de carácter sexual. Las situaciones que se equiparaban a efectos punitivos en ambos casos incluían la utilización de intimidación o violencia<sup>8</sup>, que la víctima fuera menor de 12 años, o bien, que estuviera privada de sentido o de razón<sup>9</sup>. El nuevo paradigma impuesto por el Código penal de 1995 obligó a romper esta equiparación y a analizar si, en todos estos casos, la lesión a la libertad era de la misma magnitud. La conclusión fue negativa, ya que no es posible fundamentar que se doblegue la libertad de una persona de igual manera cuando se la violenta con el fin de llevar a cabo un acto sexual que cuando se aprovecha una situación de indefensión preexistente para realizar el mismo acto. A igual conclusión se llegó al comparar la utilización de violencia con la realización de un acto sexual sobre un menor que presta un consentimiento viciado.

El reconocimiento de que en el ámbito de los delitos contra la libertad, la violencia y la intimidación son los medios comisivos que atacan de forma más grave al

bien jurídico protegido, llevaron al legislador de 1995 a incluir en un primer grupo, bajo la denominación de «agresiones sexuales», a todos los comportamientos que se realicen con violencia e intimidación, y a relegar a una figura de menor entidad, los llamados «abusos sexuales», a todos aquéllos en los que no se utilicen estos medios comisivos, pasando a considerarse el concreto acto realizado como una agravante de cada uno de los nuevos tipos<sup>10</sup>. Así, la interpretación estricta de los delitos sexuales como delitos contra la libertad relegó a los comportamientos sexuales realizados sobre menores de 12 años, cuando no hubiere mediado violencia o intimidación, así como a los realizados sobre personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, al delito de abusos sexuales. Frente a esta situación, algunos autores entendieron que la agravante de «víctima especialmente vulnerable» incluida en el artículo 180, venía a «compensar» la «expulsión» de estas conductas que antes estaban asimiladas a la violación<sup>11</sup>.

Esta postura adoptada por el legislador de 1995, coherente con el postulado teórico que propugna a la libertad sexual como valor supremo en este ámbito, fue el resultado del lógico impulso que llevaba a nuestras leyes en aquellos momentos a apartarse de los principios sostenidos por una larga dictadura<sup>12</sup>. No obstante,

---

la tradicional separación por Títulos de los delitos que atentan contra la libertad sexual y los que amenazan la libertad en general y continúe regulándolos bajo rúbricas independientes como si de dos bienes jurídicos distintos se tratara. Parece, en efecto, incongruente que una regulación que se muestra tan consistente de la interrelación existente entre ambos, como cabe deducir de la configuración típica que nos ofrece, reconozca al mismo tiempo una autonomía ficticia a la libertad sexual y no la trate como lo que es, es decir, como un aspecto muy importante, pero un aspecto más, de esa libertad en general». Maqueda Abreu, M. L.: «La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores» en *El nuevo Código Penal y la ley del jurado*, Sevilla, 1996, pág. 79. También en este sentido: Marchena Gómez, M.: «Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código Penal (Ley orgánica 3/1989)» en *La Ley*, Madrid, 1990, pág. 1150. Díez Ripollés. Díez Ripollés, J. L.: *La protección de la libertad sexual insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, 1985, pág. 24.

8 No obstante, en 1995 se emplea por primera vez el término violencia en relación a los delitos sexuales, ya que con anterioridad se utilizaba el término «fuerza» para referirse al constreñimiento físico. Esta modificación fue bien recibida por la doctrina que entendió que esta reforma lograba armonizar el texto legal, reservando el concepto de fuerza a la aplicación de energía sobre cosas. Al respecto: Morales Prats, F. y García Albero, R. en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, pág. 311.

9 Los textos originarios de los delitos de violación y abusos deshonestos del Código Penal de 1848 (artículos 354 y 355) indicaban: «La violación de una mujer será castigada con la pena de cadena temporal. Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1º Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2º Cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido por cualquier causa. 3º Cuando sea menor de 12 años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.». «El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado según la gravedad del hecho con la pena de prisión menor a la correccional».

10 La creación de estas agravantes llevó a sostener que la libertad sexual no había sido el elemento esencial e indiscutible sobre el que el legislador de 1995 hubiera delimitado los injustos de cada una de las figuras delictivas. Del Rosal Blasco, B.: «Los delitos contra la libertad sexual», en Del Rosal Blasco, B. (ed.): *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, pág. 160.

11 Morales Prats, F. y García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.): *Comentarios...*, ob. cit., pág. 323. En el mismo sentido: Escobar Giménez, C.: «El delito de agresión sexual. Nuevas perspectivas» en *Revista del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1998, pág. 148.

12 Al respecto ver: Folguera, P. en Garrido, E. (ed.): *Historia de las mujeres en España*, Madrid, 1997, pág. 497. Romeu Alfaro, F.: *Mujeres contra el franquismo*, Madrid, 1994, pág. 39. Falcon, L.: *Mujer y sociedad*, Madrid, 1996, pág. 293. Deschner, K.: *Historia sexual*

y como era de esperar, no tardaron en aparecer numerosos inconvenientes. Desde un principio los problemas se centraron en el nuevo estatus que ostentaban los ataques sexuales a menores de 12 años.

En primer término, una parte importante de la doctrina cuestionó que los menores de edad pudieran ser titulares del bien jurídico «libertad sexual». Así, para quienes propugnan una teoría positiva en cuanto a la interpretación de este bien jurídico y, por tanto, sostienen que la libertad sexual debe ser definida como el derecho a autodeterminarse en el ámbito sexual<sup>13</sup>, no resulta coherente hablar de la libertad sexual de una persona que no llega a comprender el alcance y significado de

los actos de naturaleza sexual. Por ello, comenzaron a utilizarse términos como «intangibilidad»<sup>14</sup> o «indemnidad»<sup>15</sup>, para hacer referencia al valor que debería protegerse en el caso de estas víctimas<sup>16</sup>. Bajo nuestro punto de vista es necesario rechazar esta diferenciación, ya que al interpretar a la libertad sexual como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válido, entendemos que los conceptos de libertad e indemnidad sexuales pueden ser vistos como sinónimos y, por lo tanto, que pueden ser utilizados para definir el valor que debe protegerse tanto en el caso de personas adultas como de menores de edad o, incluso, de personas privadas de sentido<sup>17</sup>.

---

del cristianismo, Zaragoza, 1989, pág. 249. Rodríguez de Leca, T.: «Mujer y pensamiento religioso en el franquismo», en Gómez-Ferrer Morant, G. (ed.): *Las relaciones de género*, Madrid, 1995, pág. 173. González Setien, P., Pérez Fraga, C., Pliego Cid, P. y Sánchez Callejo, M.: *El trabajo de las mujeres a través de la historia*, Madrid, 1992, pág. 99. Valverde Márquez, M. J.: «La mujer y el partido comunista de España (1958-1977)», en Jiménez Tomé, M. J. (coord.): *Pensamiento, imagen, identidad: a la búsqueda de la definición de género*, Málaga, 199, pág. 102. Shubert, A.: *Historia social de España (1800-1990)*, Madrid, 1991, pág. 314. Roig, M.: *La mujer en la historia*, Madrid, 1990, pág. 316.

13 En este sentido: González Rus, J. J.: «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995» en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1996, pág. 321. Lamarca Pérez, C.: «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal», en *Jueces para la democracia*, Madrid, 1996, pág. 50. Suárez Rodríguez, C.: *El delito de agresiones sexuales...*, ob. cit., pág. 51. Prieto Rodríguez, J. I.: «La nueva configuración de los delitos contra la libertad sexual: Violación y agresiones sexuales» en *Actualidad Penal*, Madrid, 1991, pág. 122. Casa Nombela, J. J.: «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en la PANCP» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 1983, pág. 213. Por otro lado, enrolándose en una postura mixta: Acosta Patiño, F.: «De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 1992, pág. 117. Marini, G.: «*Violenza Carnale. Diritto Penale*», en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1975, pág. 954. Pecoraro-Albani, A.: «*Atti di libidine violenti*», en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo IV, Varese, 1959, pág. 7.

14 Cobo del Rosal, M.: «El delito de rapto», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo II, Madrid, 1983, pág. 371.

15 En la doctrina italiana se hablaba de «inviolabilidad carnal», ya que se sostenía que había personas que no tenían la libre disponibilidad de su propio cuerpo pero que eran dignas de protección, entre las que enumeraba a las mujeres casadas y a las monjas. Contieri, E.: *La congiunzione carnale violenta*, Milano, 1980, pág. 20. Del mismo autor: «*Il bene giuridico offeso dal delitto di congiunzione carnale violenta*», en *Foro Penale*, Milano, 1967, pág. 170. También al respecto ver: Monaco, L.: «*Itinerari e prospettive di riforma del Diritto Penale Sessuale*», en *Studi Urbin*, 1988/89, pág. 451. Vaccaro, C.: «*Problematice connesse alla riforma legislativa in materia di delitti sessuali*», en *Temi Romana*, Roma, 1986, pág. 10.

16 Carmona Salgado sostiene que los términos «consentimiento» y «libertad» se encuentran tan íntimamente ligados que se no entiende que pueda darse uno y no concurrir el otro. Consentir es de alguna manera elegir y para elegir hace falta previo conocimiento del alcance y significado de lo que se acepta o rechaza, así como voluntad para adoptar la decisión. Por lo tanto, cuando, el Código establece, por ejemplo, en el caso de los menores una presunción *iure et de iure* de incapacidad de otorgar consentimiento válido para mantener relaciones sexuales, está de hecho, negando la concurrencia en el menor de libertad sexual. En la opinión de la citada autora, sostener lo contrario representaría una absurda contradicción. Carmona Salgado, C.: *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona, 1981, pág. 38. También en este sentido: González Rus, J. J.: *La violación en el Código Penal Español*, Granada, 1982, pág. 273.

17 Entendemos que si la libertad positiva implica la posibilidad de elegir si llevar a cabo determinada acción, se atentaría contra la libertad impidiendo a una persona actuar como desea. En el ámbito de los delitos sexuales, cuando el legislador define a las agresiones sexuales como un atentado contra la libertad sexual, entendemos que tiene la intención de castigar aquellas situaciones en las que el agresor impone una conducta sexual a su víctima. Por tanto, si aceptáramos a la libertad positiva como bien protegido, deberíamos incluir en estos preceptos las conductas en las que se impide al sujeto pasivo llevar a cabo acciones de naturaleza sexual. Según esto, resultaría penado el padre que impide a su hija mantener relaciones sexuales ocasionales, entre otros ejemplos. Caruso Fontán, M. V.: *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 2006, pág. 157. También a favor de una teoría negativa se pronuncian Morales Prats y García Alberó al sostener que sólo la vertiente negativa del bien jurídico es merecedora de protección penal específica, pues no tendría ningún sentido privilegiar, respecto del resto de manifestaciones, una pura concreción de la libertad de obrar que ya recibe adecuada protección vía delito de coacciones, por muy significada que esta resulte para el desarrollo de la personalidad. Morales Prats, F. y García Alberó, R., en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.): *Comentarios a la parte especial...*, ob. cit. 2002, pág. 309. También ver: López Garrido, D. y García Arán, M.: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 109. En el caso de Díez Ripollés, el autor sostiene que la Ley realiza un reconocimiento parcial del ejercicio

En contra de lo que hubiera sido recomendable, la primera reforma del Código penal no se hizo esperar<sup>18</sup>. Así, en 1999, y sin que hubiera mediado suficiente tiempo como para evaluar las bondades de la nueva regulación, se modificó la legislación en materia de delitos sexuales. Esta reforma estuvo inspirada, como el mismo legislador reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, por la «disminución de la protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del Código Penal de 23 de noviembre de 1995»<sup>19</sup>. Consecuentemente, la reforma se ocupó de aumentar las medidas de protección, en especial las previstas para los menores de edad. La primera decisión adoptada, totalmente carente de efectos prácticos, fue la recepción en el texto legislativo de la propuesta doctrinal que sugería la necesidad de diferenciar el bien jurídico protegido según la víctima fuera menor o mayor de edad. De esta forma, se modificó la rúbrica del Título VIII para añadir a la «indemnidad sexual» junto a la «libertad sexual», como bienes protegidos en los delitos de este título<sup>20</sup>, y se modificó, además, el artículo 181 dedicado a los abusos sexuales, para hacer referencia a quienes «realicen actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona», olvidando el legislador que también los menores de edad pueden ser víctimas de ataques sexuales realizados con violencia o intimidación y de la necesidad, por tanto, de

incluir el término «indemnidad sexual» en el artículo 178.

La reforma de 1999 se ocupó, además, de un tema que, como veremos, será una preocupación recurrente para el futuro legislador: la determinación de la edad para consentir sexualmente. Este límite fijado tradicionalmente en los 12 años se elevó con la reforma hasta la edad de 13 años. Por otro lado, también se incluyó un agregado en la circunstancia tercera del artículo 180 referido a la agravante de víctima especialmente vulnerable para incorporar la expresión: «y, en todo caso, cuando sea menor de trece años». Esta modificación aseguraba que siempre que se llevara a cabo una agresión sexual sobre un menor de trece años, el culpable no recibiera la pena prevista en los artículos 178 o 179 (según hubiera mediado o no penetración), sino las penas notablemente más elevadas previstas en el artículo 180. Con la nueva redacción de esta agravante se evitó que el juez pudiera tomar la decisión en el caso concreto acerca de si la corta edad de la víctima había determinado una situación de vulnerabilidad que facilitara el ataque, solución que se presentaba, a todas luces, más lógica<sup>21</sup>.

Esta modificación resulta aún más cuestionable en el ámbito de los abusos sexuales, donde la remisión del artículo 181.4 al artículo 180.1.4ª determina la aplicación de la agravante de especial vulnerabilidad por el hecho de ser la víctima menor de 13 años en los casos

---

de la libertad sexual por parte de los menores, ya que otorga especial relevancia punitiva al vencimiento de su libertad contraria a mantener determinadas relaciones sexuales, lo cual resulta incongruente con la concepción que rechaza la capacidad de libertad de estos sujetos. Diez Ripollés, J. L.: «El objeto de protección de nuevo Derecho Penal sexual», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2000, pág. 83.

18 En este sentido: Cuerdo Arnau, M. L.: «Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas», en *Revista General de Derecho*, 13/(2010), [Revistas@iustel.com](mailto:Revistas@iustel.com), pág. 18.

19 Criticando expresamente el contenido de la Exposición de Motivos: Boix Reig, J., Orts Berenguer, E.: «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la ley Orgánica 11/1999» en *Actualidad Penal*, Madrid, 1999, pág. 667.

20 Al respecto, sostenían Orts Berenguer y Alonso Rimo que si lo que pretendía el legislador mediante la inclusión del término «indemnidad sexual» era subrayar el bien jurídico tutelado, incurrió en un grave error porque las rúbricas legales no determinan tal cuestión de forma definitiva, ya que el objeto formal viene determinado por la configuración y el contenido de la norma encargada de su protección. Orts Berenguer, E. y Alonso Rimo, A.: «La reforma de los delitos contra la libertad sexual», en Zúñiga Rodríguez, L., Méndez Rodríguez, C. y otros (coord.): *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 31.

21 En este contexto, también resulta discutible que el legislador haya configurado esta agravante sin requerir el abuso del autor de estas circunstancias, bastando su mero conocimiento. Al respecto: Luzón Cuesta, J. M.: «Delitos contra la libertad sexual» en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. Novedades del Código Penal vigente en los delitos contra los bienes personalísimos. Delitos de nueva planta en el Código Penal*, Madrid, 1997, pág. 21.

22 El legislador de 1995 había optado por imponer distintas escalas de penas dentro de los abusos sexuales. De esta forma, los actos que se realizaban sobre menores, personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusara, funcionaban como agravantes del tipo básico, situación ilógica si se tiene en cuenta que la minoría de edad o la privación de sentido eran las características que permitían la inclusión de estas conductas en la esfera de los abusos sexuales, con lo que se calificaba y agravaba una conducta por la misma razón. El incremento de pena que estas circunstancias provocaban era notable; incluso, la pena impuesta para el caso de abusos sexuales a menores agravado por penetración era igual al de agresiones sexuales agravadas. La reforma de 1999 elimina esta diferenciación, igualando los mencionados supuestos a los comprendidos en el tipo básico, y modifica las agravantes conforme se detalla. Este hecho hace notar que la supuesta preocupación del legislador de 1999 por la desprotección de los menores en el ámbito sexual era infundada.

de abusos sexuales<sup>22</sup>, con lo que se agrava el problema de solución de supuestos de *non bis in idem* creado por el sistema de agravantes e hiperagravantes utilizado en la regulación de estos delitos<sup>23</sup>. La lógica indicaba que en aquellos casos en los que la conducta fuera constitutiva de abusos sexuales, únicamente debido a la edad de la víctima, no podía aplicarse la agravante del artículo 181.4, con lo que esta previsión debía reservarse para aquellos supuestos en los que se presentara más de una circunstancia, como ser la persona menor de trece años y sufrir, además, una enfermedad que haya incrementado su vulnerabilidad<sup>24</sup>.

A la reforma de 1999 le debemos también la reincorporación de una figura que nadie parecía haber echado de menos: la corrupción de menores. Así, mientras el legislador ya había previsto expresamente el posible ataque sexual sufrido por un menor, ya sea con violencia o intimidación o sin ellas, la exhibición obscena, la prostitución y la utilización del menor en espectáculos pornográficos, decide incluir un «cajón de sastre» llamado «corrupción de menores», por si alguna conducta lesiva para la indemnidad sexual del menor pudiese haber quedado fuera de la legislación, aunque la doctrina todavía sigue preguntándose qué conducta que afecte de forma relevante a un menor de edad en el ámbito sexual podía haber quedado en esta situación<sup>25</sup>. Esta figura, que, por su falta de concreción, representa un buen ejemplo de atentado al

principio de legalidad, fue incorporada en el artículo 189 dedicado a regular la utilización de menores en espectáculos pornográficos<sup>26</sup>.

A la misma filosofía respondieron las reformas operadas en el año 2003, aunque las modificaciones ya no se centraron en las agresiones y abusos sexuales, sino en el resto de las figuras. Así la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, reintroduce la figura del rufianismo y endurece las normas relativas al tráfico de personas; por otro lado, será la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la que afectará en mayor medida los delitos en los que son víctimas los menores de edad. Entre otras medidas, la citada norma agravó las penas previstas para los delitos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces y para las conductas relacionadas con la pornografía en la que aparecen estos sujetos<sup>27</sup>.

Más allá del poco acierto del legislador en las reformas que se llevaron a cabo en esta materia en los años posteriores a la sanción del nuevo Código penal, y que dieron lugar a un constante endurecimiento del tratamiento penal de todas las conductas que puedan afectar a menores<sup>28</sup>, la preocupación por este tema siguió en aumento llegando a cuestionarse la sistematización de las figuras adoptada en 1995<sup>29</sup>. Como podremos comprobar, este fenómeno se lo debemos en gran medida a la prensa. Así, la información sesgada transmitida por los medios de comunicación logra fácilmente indignar

23 Esta situación se produce también con la agravante en virtud del abuso de superioridad en su aplicación a los abusos sexuales (artículo 181.4), ya que al pretender agravar la figura del abuso por prevalimiento en virtud de un abuso de superioridad se agrava una conducta por la misma razón por la que se convierte en delictiva. Al igual que en los supuestos ya mencionados, entendemos que en virtud del principio *non bis in idem* en estos casos la agravante no podrá ser aplicada. Al respecto ver: Alonso Pérez, F.: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* (perspectiva jurídica y criminológica), Madrid, 2001., pág. 83.

24 En contra de esta opinión, Castelló Nicás entiende que la agravante deberá ser aplicada obligatoriamente, pues así lo exige claramente el legislador. Castelló Nicás, N.: «La agravante —víctima especialmente vulnerable en función de su edad— del delito de abuso sexual de los artículos 181 y 182: su aplicación al menor de 13 años y la posible vulneración del principio *non bis in idem*» en *Actualidad Penal*, Madrid, 1999, pág. 726.

25 La opinión de Muñoz Conde al respecto es contundente: «*la indeterminación del precepto es evidente y la inseguridad jurídica que provoca es aún mayor. El legislador en su afán de no dejar ningún hueco a la protección penal de la —indemnidad sexual— a la que alude en la Exposición de Motivos de la reforma de 1999 y en la rúbrica del Título VIII, ha dejado en manos del juzgador una peligrosa arma, que éste puede utilizar como último recurso para castigar penalmente cualquier comportamiento que, a su juicio, aunque no esté comprendido en los supuestos expresamente previstos en los otros delitos, deba ser castigado.*» Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2010, pág. 260.

26 En este sentido Díaz y García Conlledo señala que la definición que ofrece el legislador del término «corrupción de menores» es tan vaga que permitiría literalmente incluir en el precepto al novio de dieciocho años que envía con sus prácticas sexuales a la novia de diecisiete, lo cual apunta claramente a la protección de una determinada moral sexual. Díaz y García Conlledo, M.: «Delitos contra la libertad sexual: ¿Libertad sexual o moral sexual?», en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dir.): *Política Criminal y Reforma Penal*, Buenos Aires, 2005, pág. 340.

27 Al respecto ampliamente ver: Díaz y García Conlledo, M.: «Delitos contra la libertad sexual...», ob. cit., pág. 346.

28 La doctrina ha dado distintas explicaciones para intentar aclarar este fenómeno. Así, Díaz y García Conlledo sostuvo que esta situación puede ser el resultado de la dificultad que ha encontrado el legislador para definir una política criminal respecto de estos delitos. Díaz y García Conlledo, M.: «Delitos contra la libertad sexual...», ob. cit., pág. 335. En el caso de Gómez Tomillo, el autor es más drástico al expresar: «*Probablemente el origen de tanto cambio de criterio legislativo en este específico marco encuentre su raíz en el sistema*

a una población que no puede entender como el «ataque» sexual sufrido por un menor de corta edad no recibe la máxima pena prevista, aún cuando para este ataque no se haya utilizado violencia o intimidación. Esta situación, que se reiteró en numerosas ocasiones<sup>30</sup>, tuvo su momento culminante con el caso «Nanysex». Durante la investigación de este caso se comprobó que cuatro hombres que se desempeñaban como «canguros» habían realizado tocamientos, así como también, penetraciones bucales y anales, a niños de entre 1 y 4 años de edad, procediendo además, a grabar estos actos para su posterior difusión como material pornográfico<sup>31</sup>. Las características de estos hechos llevaron a que la opinión pública no lograra entender como era posible que los mismos no fueran calificados como «agresiones sexuales» y, en lugar de ello, fueran relegados a la figura menos grave de los «abusos sexuales»<sup>32</sup>. La generalizada sensación de «injusticia» de la Ley Penal dio lugar a que se solicitara su revisión, reclamo que fue rápidamente atendido por el legislador<sup>33</sup>.

Como sostiene Mestre Delgado, estamos ante un buen ejemplo de lo que puede denominarse «Derecho penal simbólico». Se trata de un fenómeno por el cual el legislador procede a la modificación de las normas penales, generalmente para agravar la respuesta punitiva frente a un suceso, o bien, crea nuevas figuras con el único objetivo de aplacar reacciones emotivas de la sociedad, normalmente provocadas por sensaciones de inseguridad. Las normas así creadas suelen limitar su eficacia a este ámbito publicitario y tranquilizador de la conciencia colectiva. El mayor peligro que representa el recurso al Derecho penal simbólico es que tarde o temprano la situación tiende a repetirse y si el legislador vuelve a recurrir al endurecimiento de las normas se genera una espiral que sólo conduce a la inseguridad jurídica y al fracaso<sup>34</sup>.

Emprendiendo la reforma en este contexto, al legislador se le planteó un problema de difícil solución: intentar satisfacer las supuestas demandas sociales sin traicionar los postulados impuestos en 1995. Una primera

---

*original adoptado en 1995 que pretendió romper con el modelo que venía rigiendo en el anterior Código Penal y que, en definitiva, impone un esquema regulativo muy deficiente, de los peor concebidos a lo largo de todo el código, que probablemente requiera de una reconsideración global y no de sucesivos parches».* Gómez Tomillo, M.: «Derecho Penal Sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-04 (2005), pág. 2. No podemos compartir la opinión de este autor, ya que no consideramos que esta sucesión de reformas tenga su principal origen en las deficiencias de la regulación de 1995, lo cual no implica que no hubiera errores que fuera necesario corregir. Por otro lado, entendemos que el legislador de 1995 al intentar ser consecuente con las nuevas concepciones sobre la materia pudo no detectar que la sociedad no se encontraba preparada para una regulación de estas características. Criticando la sucesión de cambios ocurrida y expresando una valoración positiva de la regulación de 1995: Cuerda Arnau, M. L.: «Los delitos contra la libertad sexual...», ob. cit., pág. 18.

29 Si recurrimos a investigaciones que analicen esta problemática desde un punto de vista psicológico es posible apoyar la postura del Código Penal. En este ámbito se destaca como una importante característica de los abusos sobre menores que las niñas y niños muy pequeños no perciben el abuso sexual como algo grave, a menos que éste sea violento, sino sólo como un suceso inhabitual que les produce extrañeza. Galiana Carmona, S. y De Marianas Ribary, H.: «Intervención psicológica con menores víctimas de abuso sexual», en Díaz Huertas, J. A. y otros (dir.): *Atención al abuso sexual infantil*, Madrid, 2001, pág. 117.

30 Prieto Rodríguez analiza esta situación, poniendo especial hincapié en lo sucedido en el Caso de la niña Mari Luz Cortés. Prieto Rodríguez, J. I.: «Delitos sexuales y castración química. Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 208, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales», en *La Ley Penal*, nº 68, febrero 2010, pág. 1.

31 Sentencia del Tribunal Supremo núm. 947/2009, de 2 de octubre. Los acusados fueron condenados por delitos de abusos sexuales continuados con la agravante de víctima especialmente vulnerable y la atenuante analógica de colaboración con la justicia y por el delito de corrupción de menores debido a la elaboración de material pornográfico con utilización de menores de 13 años. En esta Sentencia el Tribunal Supremo acepta parcialmente el Recurso de Casación interpuesto por los condenados en el sentido que no resulta aplicable frente a estos hechos la atenuante genérica de abusos de confianza (art. 22.6), al entender que esta circunstancia viene a incidir en la situación ya contemplada por la agravante de «especial vulnerabilidad».

32 Al respecto ver: [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/fiscal/caso/nanysex/solo/pide/indemnizar/ninos/elpepusoc/20070309elpepusoc\\_15/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/fiscal/caso/nanysex/solo/pide/indemnizar/ninos/elpepusoc/20070309elpepusoc_15/Tes)

[http://www.elconfidencial.com/cache/2008/07/22/48\\_indignacion\\_calle\\_vacio\\_legal\\_permitira\\_nanysex\\_salga\\_carcel.html](http://www.elconfidencial.com/cache/2008/07/22/48_indignacion_calle_vacio_legal_permitira_nanysex_salga_carcel.html)

33 La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, aprobado en Madrid el 14 de noviembre de 2008 expresaba lo siguiente: «En el ámbito de los delitos sexuales, el acaecimiento en los últimos tiempos de casos de especial gravedad ha provocado en la sociedad la reapertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales, en particular en aquellos supuestos en los que las víctimas son menores de edad». Al respecto es necesario recordar que fue el mencionado Anteproyecto el primero en proponer la individualización del tratamiento de los menores de 13 años en el artículo 183.

34 Mestre Delgado, E.: «Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal» en *La Ley Penal*, nº 61, junio 2009, pág. 6.

posibilidad consistía en trasladar, sin más, el supuesto de los menores de 13 años al ámbito de las agresiones sexuales. De esta forma, agresiones sexuales serían los ataques realizados con violencia, intimidación o todo aquél que se llevara a cabo sobre una persona menor de 13 años. La posible justificación para esta opción partía por considerar que el legislador de 1995, al entender que sólo los comportamientos realizados utilizando violencia o intimidación debían conformar la categoría más grave de las agresiones sexuales, no había tenido en cuenta que hay determinadas personas sobre las que no es necesario utilizar estos medios comisivos para la realización de un comportamiento sexual. Se trata de sujetos que no pueden prestar resistencia y que tampoco pueden ser sujetos pasivos de intimidación, ya que no tienen el entendimiento mínimo necesario como para comprender el alcance de las amenazas<sup>35</sup>. Es el caso de un niño de muy corta edad, que de acuerdo con la regulación penal, nunca podría ser sujeto pasivo de una agresión sexual. Así, esta primera posibilidad podría haber supuesto la equiparación de actos sexuales realizados utilizando violencia, intimidación, o bien, sobre aquellas personas sobre las que no fuera necesaria la utilización de estos medios.

El primer inconveniente que se planteaba a esta opción consistía en que este razonamiento no resulta aplicable a todos los niños menores de 13 años, y además, que no sólo los menores de muy corta edad se encuentran en esta situación, sino que se trata de una premisa que también puede predicarse acerca de personas privadas de sentido y personas imposibilitadas de resistir<sup>36</sup>. No obstante, desde un punto de vista teórico y desde el prisma del bien jurídico libertad, no es posible equiparar situaciones en las que el agente provoca el estado de indefensión de la víctima, ya sea ejerciendo violencia o intimidación, o bien, simplemente se aprovecha de un estado de indefensión preexistente, ya sea

que se trate de una persona en estado de inconsciencia, que se encuentre atada a un árbol o que la víctima tenga dos años de edad. Consecuentemente, si se pretendiera equiparar a la violencia e intimidación los ataques a personas que no pueden ser sujetos pasivos de estos medios comisivos el resultado conduciría a vaciar de contenido la figura de los abusos sexuales y retrotraer la legislación a su situación anterior a 1995, teniendo que admitir el haber cometido un error al decidir que la regulación de estos tipos debía girar en torno a este nuevo bien jurídico.

Aparentemente, el legislador no estaba dispuesto a dar un giro de 180 grados en la regulación, ya que, dejando de lado esta posibilidad, decidió separar la regulación de los ataques sexuales sufridos por menores de 13 años, trasladando tanto los supuestos en los que se utiliza violencia o intimidación, como aquéllos en los que no se emplean estos medios, a un artículo independiente y creando, de esta manera, un «nuevo» artículo 183 dentro del Capítulo II Bis. Este artículo, reproduce la estructura que desde 1995 diferencia a las agresiones y abusos sexuales, por lo que se hablará de «abusos sexuales a menores de 13 años» cuando se lleven a cabo actos de naturaleza sexual sobre personas menores de esa edad sin utilizar violencia o intimidación, y habrá que referirse a «agresiones sexuales a menores de 13 años» cuando estos actos se realicen utilizando los medios mencionados.

Esta técnica legislativa, que recuerda al casuismo utilizado por el legislador alemán para regular este tipo de conductas, no parece en principio la más acertada. Al respecto, el primer interrogante que se plantea es acerca de la posible fundamentación teórica de esta individualización en el tratamiento según la víctima que sufre el ataque. En este ámbito, el mismo legislador plantea en la Exposición de Motivos que frente a este tipo de sujetos el bien jurídico adquiere una dimensión

35 Este argumento fue utilizado por el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid en su informe: «Medidas para la protección de la infancia frente a los actos de explotación y abuso sexual» de junio de 2008», en el que sostenía que «*Para tener contacto carnal con personas de muy corta edad no se precisa la violencia o la intimidación, pues su vulnerabilidad extrema, sus condiciones cognitivas y su falta absoluta de experiencia podrían llevar a descartar la concurrencia de los citados modos comisivos de violencia o intimidación...*». Por esta razón y por «*la tremenda carga de injusto que conllevan este tipo de situaciones*», el Defensor del menor solicitaba la modificación del artículo 178 para añadir a la violencia y a la intimidación una nueva circunstancia que hiciera referencia a la edad de la víctima. Para consultar este informe ver: <http://www.defensordelmenor.org/documentacion/documentos.php>. También al respecto ver: Gómez Tomillo, M.: «Derecho Penal Sexual...», ob. cit., pág. 3.

36 Esta argumentación ya había sido utilizada en relación a las víctimas incapaces de resistir. Así, en a discusión parlamentaria para la aprobación del Proyecto de ley 16 de febrero de 1998, núm. 89-8, acerca de una nueva redacción del artículo 178, se sostuvo la conveniencia de incluir a las personas incapaces de resistir como sujetos pasivos del delito de agresiones sexuales. En esa ocasión, el Grupo Parlamentario Vasco entendió que debido a la situación que estas personas sufren debía ser suficiente que mostrasen su voluntad expresa de no acceder al trato carnal, ya que esta expresión de voluntad es la única defensa que les cabe.

especial, ya que en el caso de un menor de corta edad no sólo debe protegerse su derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento que no esta en condiciones de prestar, sino que también es necesario proteger el derecho a la evolución natural de su madurez sexual, la cual sólo puede darse si no se producen condicionantes externos<sup>37</sup>. Esta situación podría, por tanto, justificar la necesidad de un tratamiento especial de estas conductas.

A efectos prácticos, y más allá de la posibilidad de aumentar las penas de forma individualizada para estos casos, la opción elegida por el legislador permite la creación de agravantes específicas, que por sus características sólo tienen sentido en relación con los ataques a menores de 13 años. Es el caso de la agravante del artículo 183. 4. a) que resultará aplicable: «*Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años*»; la concurrencia de esta agravante determinará la necesidad de aplicar la pena prevista para el abuso o agresión sexual a menor de 13 años en su mitad superior.

Esta previsión resulta inédita en el Código penal español, ya que hasta entonces el legislador nunca había planteado diferencia alguna en este ámbito dentro de la franja de las víctimas menores de 13 años. La creación de esta circunstancia refleja de forma directa la influencia que tuvo el mencionado caso Nanysex en la presente reforma, ya que pretende evidenciar la diferencia de tratamiento que merecen aquellas víctimas que por su corta edad no tienen ninguna posibilidad de prestar resistencia a estos actos, ni tampoco pueden comprender el alcance de la intimidación, y, por tanto, como ya se ha expresado, nunca podrían

ser víctimas de ataques realizados con violencia o intimidación. En lo que respecta al concreto límite de edad elegido y, frente a la dificultad que normalmente tiene este tipo de decisiones, en principio parece que el mismo resulta acertado. En todo caso, es necesario recordar que no se trata de un límite estricto sino que la previsión podrá aplicarse a niños mayores de esa edad cuando se demuestre su escaso desarrollo intelectual o físico<sup>38</sup>.

La intención del legislador al crear este nuevo artículo 183 queda claramente reflejada cuando se analiza el marco penológico resultante. Así, una agresión sexual a un niño menor de 13 años merecía con la antigua legislación una pena de entre 4 y 10 años de prisión y, entre 12 y 15 años si hubiera mediado penetración (ya que en todo caso resultaba aplicable la agravante de especial vulnerabilidad en función de la edad). Además es necesario tener en cuenta que si el legislador no hubiera procedido a la individualización de las penas para los menores de 13 años, la reforma de los artículos 178 y 180 de 2010 daría lugar a que la pena aplicable fuera de 5 a 10 años en el primer caso y de 12 a 15 años en el segundo. Por otro lado, el nuevo artículo 183 determina para los casos de agresiones sexuales a menores exactamente las mismas penas<sup>39</sup>.

En lo que respecta a los abusos sexuales la situación difiere. Antes de la reforma la pena aplicable por un abuso sexual a un menor de 13 años de edad era de 1 a 3 años o multa de dieciocho a veinticuatro meses, y de 4 a 10 años cuando mediare penetración. Por su parte, el artículo 183.1 impondrá a partir de la reforma una pena de 2 a 6 años de prisión para el primer caso y de 8 a 12 años para los supuestos agravados por penetración. De esta manera, es fácil comprobar que el legislador, al au-

37 Así, en la doctrina alemana se habla de "Delitos contra el desarrollo sexual de la persona (*Delikte gegen die sexuelle Entwicklung der Person*). Otto, H.: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Berlin-New York, 2002, pág. 361.

38 Sánchez Defauce pone esta agravante en relación con la prevista en el artículo 180.1.3ª referida a la especial vulnerabilidad de la víctima, llegando a la conclusión de que estando ambas circunstancias emparentadas «sería recomendable una correspondencia más precisa entre los elementos de ambas reglas», ya que, en su opinión, puede darse la situación de que el menor sea especialmente vulnerable al ataque debido a una enfermedad sin que pueda hablarse de escaso desarrollo intelectual o físico. Sánchez Defauce, M.: «Libertad e indemnidad sexuales: arts. 183, 187, 188, 189 y disposiciones comunes» en Álvarez García, J. y González Cussac, J. L. (dir.): *Consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2009 de modificación del código Penal*, Valencia, 2009, pág. 204. Del mismo autor también ver: «Libertad e indemnidad sexuales: arts. 178 y 180», en Álvarez García, J. y González Cussac, J. L. (dir.): *Comentarios a la reforma de 2010*, Valencia, 2010, pág. 222. Entendemos que se trata de una puntualización acertada, no obstante, no creemos que el problema se deba a la similitud de ambas agravantes. En nuestra opinión, la agravante del artículo 183 se refiere a una situación muy concreta y sólo a los supuestos de escaso desarrollo del menor; por otro lado, podría haber sido conveniente que el legislador agregara otra agravante para los casos en los que el menor sea especialmente vulnerable debido a una enfermedad u otra situación especial, es decir, que trasladara la agravante prevista en el artículo 180. 1. 3ª al nuevo artículo 183.

39 El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal señala que esta situación «diluye la pretensión de mayor rigor punitivo del Anteproyecto del 2008».

mentar de forma drástica las penas correspondientes a los abusos sexuales, ha logrado su objetivo de minimizar las consecuencias de un supuesto injusto tratamiento para las víctimas menores de 13 años, reduciendo la diferencia de la respuesta penológica prevista para las agresiones y abusos sexuales a menores<sup>40</sup>.

La valoración global que merece este nuevo artículo 183 para una gran parte de la doctrina es sumamente negativa. En este sentido, se ha sostenido que «esta regulación rompe, de manera injustificada, la estructura técnica que estableció el Código Penal de 1995 entre los delitos de agresión y abusos sexuales, volviendo —para este único grupo de víctimas— a un modelo de unificación más próximo al modelo del viejo Texto refundido de 1973...»<sup>41</sup>. No compartimos esta opinión. Partiendo de la premisa de la innecesariedad de esta reforma y, teniendo en cuenta la intención política de acallar los reclamos sociales<sup>42</sup>, entendemos que el legislador ha optado por un camino intermedio que logra salvar el «espíritu» del Código Penal de 1995, al mantener la diferenciación entre las conductas que se llevan a cabo utilizando violencia o intimidación, o bien con un consentimiento viciado.

El nuevo Capítulo II Bis «De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años» se completa con una figura inédita en nuestro ordenamiento. El llamado «ciber acoso» o «acoso a menores», que tipifica la conducta de quien «a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 13 años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los

artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento...», previéndose una pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, la cuál podrá aplicarse en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Respondiendo a la alarma social generada por la mayor facilidad de acercamiento a los jóvenes que brindan los medios telemáticos, entre ellos especialmente el uso de internet, y que puede ser utilizada para la comisión de delitos sexuales, el legislador, una vez más, recurre al Derecho penal simbólico tipificando expresamente lo que no suelen ser más que actos preparatorios. Así, se castiga el «acercamiento» a un menor de 13 años con el fin de llevar a cabo delitos sexuales que se materializa a través una propuesta de encuentro y de actos posteriores tendientes a su concreción. En opinión de Cugat Mauri, será el elemento subjetivo el que determinará que la conducta exceda el ámbito propio de los actos preparatorios y deba considerarse como una verdadera tentativa; la autora entiende que este tipo viene a cubrir la laguna legal que se generaba como consecuencia de la interpretación de estos tipos como delitos de propia mano, y que dificultaba la apreciación del inicio de los actos ejecutivos cuando la comunicación entre los sujetos se verificara a distancia<sup>43</sup>.

Entendemos que la teoría que sostiene que los delitos sexuales son delitos de propia mano esta prácticamente superada en la doctrina moderna<sup>44</sup>. No obstante, en el ámbito de unos tipos delictivos en los que la consumación requiere, en la mayor parte de los casos, de un

40 El Anteproyecto de reforma del Código penal aprobado el 14 de noviembre de 2008 preveía como pena para el delito de abusos sexuales a menores de 13 años la prisión de 3 a 6 años. Al respecto se refirió el Informe del Consejo Fiscal que puso de manifiesto que estas modificaciones suponían un incremento de penas mucho mayor que el que a simple vista podía apreciarse, ya que la Jurisprudencia, en su mayoría, entendía que en los casos de abusos sexuales del 181.1 cuando la víctima fuera menor de 13 años no podía aplicarse la agravante de especial vulnerabilidad en función de la edad, conforme al artículo 181.4, sin infringir el principio del *non bis in idem*, a no ser que mediaran otras circunstancias en las que pudiera fundamentarse una vulnerabilidad añadida. Además, el consejo Fiscal llamaba la atención sobre una de las consecuencias más importantes que tendría esta reforma: la imposibilidad de aplicar en estos casos la suspensión de la condena, debido al límite mínimo de 3 años de prisión. Esta puntualización fue asumida por el legislador, rebajando el límite mínimo de esta pena a los 2 años.

41 Mestre Delgado, E.: «Los cambios de paradigma punitivo...» ob., cit., pág. 15. El autor se refiere al texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal aprobado el 14 de noviembre de 2008.

42 En este ámbito, es necesario tener en cuenta la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el día 3 de junio de 2008 (BOCG de 10 de junio de 2008), por la cual se insta al Gobierno a realizar determinadas modificaciones legales en materia de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales contenidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal. Dicha Proposición no de Ley es citada por la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma penal aprobado por el consejo de Ministros el 14 de noviembre de 2008 como una de las principales razones que dan lugar a estas reformas.

43 Cugat Mauri, M.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Álvarez García, J. y González Cussac, J. L. (dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pág. 235.

44 Al respecto: López Caballero, J. C.: «Los delitos contra la libertad sexual en el nuevo Código Penal», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, vol IV, Madrid, 1997. pág. 218. Gómez Pavón, P.: «El delito de violación...», ob. cit., pág. 323.

contacto físico que no debe darse necesariamente entre autor y víctima (puede darse entre dos víctimas, o bien, entre la víctima y una persona utilizada como instrumento) resulta lógico que el inicio de los actos ejecutivos esté relacionado con un acercamiento físico<sup>45</sup>. A pesar de ello, esta situación no implica una autorización al legislador para la creación de nuevos delitos de peligro abstracto en relación al bien jurídico indemnidad sexual<sup>46</sup>. Consideramos que los casos realmente graves de ataques por medios telemáticos a la libertad e indemnidad sexuales ya podían ser solucionados a través de las figuras previstas y aplicando las reglas generales del Derecho penal.

Continuando con su línea represiva, esta reforma también supuso la reapertura del debate sobre el límite de edad para consentir sexualmente<sup>47</sup>. Si en 1999 se decidió elevar el límite a los 13 años, durante la tramitación de la reforma de 2010 se propuso por parte de varios sectores que este límite volviera a elevarse para situarse en los 14 años. El argumento recurrente para esta pretensión fue que España es uno de los países en donde este límite resulta ser inferior, situándose, por ejemplo, en 15 años en Francia, en 16 años en Alemania y en 17 años en Irlanda<sup>48</sup>. Entendemos que en un momento en el que los datos indican que los jóvenes tienen cada vez en mayor medida acceso a la educación sexual y que comienzan a desarrollar activamente su sexualidad a edades más tempranas, resultaría contrario a la evolución de la sociedad seguir elevando el límite

de edad por debajo del cual no se reconoce a las personas ninguna capacidad para determinarse en el ámbito sexual. Así, pretender que adolescentes de 13 años de edad no desarrollan ninguna actividad sexual resulta anacrónico. Afortunadamente, esta ha sido también la opinión del legislador ya que finalmente no ha incorporado a la regulación esta pretendida modificación.

Si la influencia de la opinión pública sobre el legislador y, consecuentemente, sobre la legislación resulta preocupante, en los últimos tiempos se ha añadido un nuevo peligro para la coherencia de nuestra legislación penal: la necesidad de receptar en nuestro Derecho las normas provenientes de Europa. Es por todos conocidos que en la Legislación europea el excesivo afán por proteger a los menores de toda posible conducta que remotamente pudiera afectar su evolución sexual esta llevando a adoptar decisiones que rayan el ridículo, además de lesionar seriamente el principio de legalidad. Esta situación se convierte en un serio problema cuando el legislador español se ve obligado a incorporar las previsiones europeas a su Derecho nacional.

En este contexto, el legislador de 2010 se ha visto en la necesidad de modificar el artículo 178 aumentando el límite máximo de la pena para asegurar que los agresores de víctimas menores de 18 años de edad reciban una pena de prisión que pueda llegar a los cinco años<sup>49</sup><sup>50</sup>, tal como exige la Decisión Marco 2004/68/JAI del

45 Sobre las características de la conducta y la necesidad o no de un contacto físico en las agresiones y abusos sexuales del tipo básico ver: Caruso Fontán, M. V.: *Nuevas perspectivas...*, ob. cit., pág. 201.

46 En este sentido: Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 240. El autor considera que puede tratarse, incluso, de un delito de sospecha en la medida en que no siempre es fácil determinar hasta que punto ese acercamiento se hace para llevar a cabo alguno de los mencionados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

47 Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 17 de febrero de 2009 relativa a la protección de la infancia frente a los actos de explotación y abuso sexual, a propuesta del Grupo parlamentario Vasco (EAJ-PNV) BOCG, núm. D-154 de 25/02/2009.

48 En este sentido se expresa el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid en su informe de junio de 2008. <http://www.defensordelmenor.org/documentacion/documentos.php>

49 Durán Seco critica esta decisión, ya que considera que hubiera sido más adecuado elevar las penas sólo en aquellos casos en los que la víctima tenga una edad comprendida entre los 13 y los 18 años, lo que podría haberse conseguido creando una figura agravada para estos supuestos sin necesidad de elevar la pena para cualquier caso. Durán Seco, I.: «La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008», en *La ley Penal*, nº 63, 2009, pág. 26.

50 La Decisión Marco 2004/68/JAI exige que se prevean penas de una duración máxima de al menos entre cinco y diez años en caso de que se practiquen actividades sexuales con un niño utilizando coacción fuerza o amenazas (artículo 5.2.a). Al respecto, debemos tener en cuenta que, según la definición que da la Decisión Marco del término niño en su artículo 1, se tratará de cualquier persona menor de 18 años. Por otra parte, el artículo 178 de nuestro Código Penal preveía antes de la reforma como límite máximo de la pena de prisión los 4 años. Así, si la agresión sexual era sufrida por una persona menor de 13 años en todo caso resultaba aplicable la agravante de especial vulnerabilidad que elevaba el límite máximo de pena hasta los 10 años, pero en los casos de niños con edades comprendidas entre los 13 y los 18 años, cuando no resultara aplicable otra agravante, el límite máximo de pena prevista (4 años) era en todo caso inferior al requerido (5 años). Álvarez García, J.: «Explotación sexual y pornografía infantil (Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil)», en *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, Suplemento al num. 2015 de 15 de junio de 2006, Madrid, pág. 89. No obstante, es necesario tener en cuenta que literalmente el

Consejo de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil<sup>51</sup>. Además, el legislador se ha visto obligado, por coherencia, a reformar el artículo 180 para aumentar la duración mínima de la pena para los casos en que concurra una agravante de este artículo. No obstante, la legislación sobre prostitución y participación de menores en espectáculos pornográficos ha sido la más afectada por este problema.

Si procedemos al análisis de la Decisión Marco 2004/68/JAI, la gravedad de la situación se hace evidente desde el artículo 1. Así, esta norma conceptúa el término prostitución infantil como:

«... cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual:

i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o

ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o

iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)».

La Decisión Marco, por tanto, incluye dentro del concepto de pornografía infantil conductas en las que no están involucrados menores de edad, y en donde sólo se simula dicha participación. Posteriormente, el párrafo 1 del artículo 3 determina que «cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales, se realicen mediante sistemas informáticos o no, cuando se cometan sin derecho:

a) producción de pornografía infantil;

b) distribución, difusión o trasmisión de pornografía infantil,

c) ofrecimiento o suministro de pornografía infantil;

d) adquisición o posesión de pornografía infantil.»

A pesar de que la Decisión Marco estipula que se deben castigar cada una de las conductas mencionadas posteriormente en el Párrafo 2 del artículo 3, autoriza a los

Estados Miembro a «excluir de responsabilidad penal las conductas relacionadas con la pornografía infantil:

a) contempladas en el inciso ii) de la letra b del artículo 1, cuando la persona real que parecía un niño tuviera de hecho al menos 18 años en el momento de la representación;

b) contempladas en los incisos i) y ii) de la letra b) del artículo 1, cuando en los supuestos de producción y posesión, se produzcan y posean imágenes de niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual, con el consentimiento de los mismos y exclusivamente para su uso privado. Aun en el caso de que se demuestre que ha habido consentimiento, éste no se considerará válido si se ha obtenido valiéndose, por ejemplo, de una mayor edad, madurez, posición, estatus, experiencia o relación de dependencia de la víctima con el autor;

c) contempladas en el inciso iii) de la letra b) del artículo 1, cuando haya quedado acreditado que el productor produce el material pornográfico y está en posesión del mismo estrictamente para su uso privado, siempre que para esta producción no se haya utilizado el material pornográfico al que se refieren los incisos i) y ii) de la letra b) del artículo 1 y que el acto no entrañe ningún riesgo de difusión del material.»

Si analizamos la excepción prevista en el apartado a), comprobamos que la Decisión Marco autoriza a los Estados miembros a excluir totalmente la punición del supuesto previsto en el artículo 1. b. ii), ya que al permitir la exclusión de la responsabilidad en los casos en que la persona que parezca ser un niño tenga 18 años y considerando que la definición que da la Decisión Marco del término niño [art. 1. a)] es que se tratará de toda persona menor de 18 años, sólo podrá «parecer ser un niño» alguien que no lo sea, es decir una persona mayor de dicha edad. Con respeto al apartado b), se trata de una excepción necesaria y que evita situaciones ilógicas. No es posible fundamentar que un menor en edad de consentir sexualmente tenga capacidad suficiente como para aceptar válidamente una relación sexual y no la tenga para consentir su participación en un material pornográfico que será de uso privado.

artículo 5.2,a) de la Decisión Marco expresa: «cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las infracciones siguientes se castiguen con sanciones penales privativas de libertad de una duración máxima de al menos entre cinco y diez años». Esta redacción nos permite dos interpretaciones distintas. Una primera, que es la asumida por el legislador de 2010, que indica que el límite máximo de la pena debe ser al menos de 5 años, y una segunda interpretación, según la cual la pena de estas conductas debería fijarse entre un mínimo de 5 años y un máximo de 10 años. Creemos que el legislador ha acertado optando por la primera interpretación que resulta más moderada.

51 Diario Oficial de la Unión Europea L 13/44 de 20 de enero de 2004. La fecha límite establecida para que los Estados miembros procedieran a la trasposición de esta Decisión Marco era el 20 de enero de 2006.

En lo que respecta al tercer párrafo, este se refiere a la producción de material que represente a niños inexistentes, eximiendo de la obligación de su castigo sólo cuando se refiera a imágenes reservadas al uso privado. Esta enumeración deja subsistente la obligación de castigar conductas tales como la producción, cuando no sea para uso privado, la distribución o difusión de imágenes de niños inexistentes llevando a cabo actos sexuales, o bien, la simple posesión de pornografía infantil cuando en su producción hayan participado menores de 13 años, pero sin existir por parte del agente ninguna intención de su distribución. En nuestra opinión, la tipificación de estas conductas implica un inadmisibles adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal. Consideramos que la reconducción de los delitos de pornografía infantil hacia delitos de peligro abstracto no parece de ningún modo el camino más adecuado para atacar esta problemática<sup>52</sup>. ¿Como podemos castigar la producción de material pornográfico donde no se ha visto afectada la indemnidad sexual de ningún niño? El peligro potencial que podrían representar los videos o imágenes de fomentar el gusto por este tipo de pornografía no parece una justificación suficiente.

Resulta evidente que para la mayor parte de la población que desarrolla una sexualidad que puede entenderse como «normal» resulte extraño, y también preocupante, que determinadas personas encuentren placer sexual en el visionado de niños practicando sexo. Pero como es por todos sabido, el Derecho penal no tiene por objetivo inculcar a los ciudadanos comportamientos que se ajusten a las reglas de la moral dominante,

sino el de evitar la lesión de los bienes jurídicos fundamentales. Por otro lado, no podemos deducir que el acceso a este tipo de material promueva necesariamente la producción de material pornográfico en los que participen menores de edad.

No obstante la gravedad de la situación, es necesario reconocer que el legislador español ha sido cauto en cuanto que ha ignorado deliberadamente esta previsión, evitando la incorporación de esta conducta incluida en la Decisión Marco, aún a riesgo de que las instancias supranacionales pudieran llamar su atención por esta omisión<sup>53</sup>. Al respecto debemos recordar que las Decisiones Marco son vinculantes para los Estados miembros, aunque sólo lo sean en relación a los resultados, ya que dejan a las autoridades nacionales la elección sobre la forma y los métodos de aplicación<sup>54</sup>. Lo que sí podemos lamentar es que habiendo tenido la suficiente visión como para evitar la inclusión de las conductas de pornografía relativas a la utilización de niños inexistentes no se haya aprovechado la ocasión de la reforma de 2010 para eliminar la previsión contenida en el artículo 189. 7). Esta norma castiga a quien «*produjere, 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*». En relación a esta norma pueden reproducirse todas las objeciones referidas al artículo 1. b. iii) de la Decisión Marco 2004/68/JAI. En nuestra opinión, esta conducta sólo merece un castigo por la lesión de los derechos de imagen en la medida en que los menores puedan ser reconocidos en estas reproducciones, pero no merecen la

52 Contra esta opinión se manifiesta Rodríguez Mesa: «La ampliación de la definición de pornografía infantil a los supuestos de simulación o virtualización se justifica, de una parte, por la relación existente en la práctica entre la pornografía infantil (virtual o real) y los abusos sexuales; y de otra, por la vulneración que supone del principio de dignidad y respeto a la infancia». Rodríguez Mesa, M. J.: «Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y Comunitarios», en Álvarez García, J. (dir.): *La adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea. La Política Criminal Europea*, Valencia, 2009, pág. 324.

53 Al respecto debemos tener en cuenta el Informe de la Comisión basado en el artículo 12 de la Decisión Marco 2004/86/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de 16 de noviembre de 2007. Este Informe fue elaborado por la Comisión a partir de la información enviada por los Estados miembros hasta abril de 2007 sobre la trasposición de la Decisión Marco a las normativas nacionales y su objetivo es evaluar las disposiciones adoptadas por los Estados Miembro para dar cumplimiento a la Decisión Marco. En el caso de España el Informe pone de manifiesto que nuestro país no dispone de una definición detallada de lo que debe entenderse por «pornografía infantil». Además, se hace referencia a la imposibilidad de la Comisión de identificar claramente los ordenamientos jurídicos que trasponen las disposiciones del apartado 3 del artículo 5 de la Decisión Marco. En sus conclusiones, el Informe invita a los Estados miembros a reexaminar con cuidado su propia legislación con el fin de reforzar la protección social de los niños objeto de abusos y garantizar el pleno respeto de sus derechos.

54 De esta forma, la Comisión no puede recurrir al Tribunal de Justicia para imponer a un Estado miembro la trasposición de una Decisión Marco, pudiendo sólo este Tribunal pronunciarse acerca de los desacuerdos sobre interpretación o aplicación. Artículo 249 del Tratado CE (vigente hasta 2009)

creación de un delito de peligro abstracto en referencia al bien jurídico indemnidad sexual<sup>55</sup>.

Por otro lado, y en lo que a la posesión de material pornográfico respecta, esta disposición esta incorporada en nuestro derecho sustantivo desde la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y se mantiene con la reforma de 2010<sup>56</sup>. Consideramos que se trata de una intolerable invasión en la privacidad de los individuos que nos retrotrae peligrosamente a las épocas en las que el Derecho penal se ocupaba de proteger la «moral sexual» de los ciudadanos<sup>57</sup>.

La necesidad de adaptar nuestro Código penal a las previsiones europeas determinó también la tipificación de la conducta de «captación de menores para espectáculos exhibicionistas o pornográficos». Así, la Decisión Marco 2004/68/JAI señalaba en su artículo 2. b) la necesidad de castigar a quienes captan niños para que se prostituyan, o bien que participen en espectáculos pornográficos. Igualmente el Convenio para la protección de la Infancia contra la explotación y abusos sexuales del Consejo de Europa firmado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, en sus artículos 19 y 21, hacía referencia a la conveniencia de tipificar estas conductas. Como sostiene Álvarez García, la captación para la prostitución puede considerarse incluida en el artículo 187 que castiga a quien «induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz», por lo que, para cumplir con lo dispuesto por la norma europea, sólo quedaba por cubrir la captación para espectáculos pornográficos<sup>58</sup>. Esta incorporación se plasmó con

la modificación del artículo 189. a) que tras la reforma castiga a quien «captare o utilizare a menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados...»<sup>59</sup>.

Al respecto compartimos la opinión de Muñoz Conde, quien señala que esta expresión «amplía enormemente la tipicidad abarcando actos meramente preparatorios, que incluso pueden ser ambiguos y no claramente reveladores de la finalidad ulterior de usar al menor en un espectáculo exhibicionista o en la elaboración de material pornográfico»<sup>60</sup>. Esta crítica puede reiterarse en relación con la conducta propia de «ofrecer» material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces incorporada al artículo 189.1.c) en respuesta a la disposición del artículo 3.1.c) de la Decisión Marco 2004/68/JAI, ya que esta norma podría aplicarse a supuestos en los que se ofrece un material que aún no existe, o bien que no se encuentre en disposición de quien lo ofrece<sup>61</sup>. Por otro lado, la reforma también incluyó la conducta de «lucrarse» con la participación de menores en este tipo de espectáculos, que se incorporó al final del artículo 189. a) y que no podía considerarse incluida en la conducta de «financiar» estas actividades<sup>62</sup>.

Con la reforma de 2010, también se procedió a la introducción de agravantes para aquellos casos en los que los menores no hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, es decir, los 13 años de edad. En este caso, no sólo se trata de una disposición contenida en la Decisión Marco 2004/68/JAI<sup>63</sup>, sino de una previsión

55 En este sentido, Gómez Tomillo sostiene que en este delito prima el derecho a la propia imagen del menor frente a su indemnidad sexual. Gómez Tomillo, M.: «Derecho Penal sexual...» ob., cit., pág. 35.

56 Esta previsión fue incorporada en el Convenio de Budapest sobre Cibercriminalidad, 23, XI, 2001, del Consejo de Europa, que en su artículo 9 expresaba: «1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prevenir como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización: (...) «e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos».

57 También en este sentido: Álvarez García, J.: «Explotación sexual y pornografía infantil...», ob. cit., pág. 95.

58 Álvarez García, J.: «Explotación sexual y pornografía infantil...», ob. cit., pág. 94.

59 Cugat Mauri considera que esta conducta estaba suficientemente cubierta por las previsiones contenidas en el nuevo artículo 177 bis referido a la trata de personas para su explotación sexual. Cugat Mauri, M.: «Delitos contra la libertad...», ob. cit., pág. 241. De la misma autora también ver: «Libertad e indemnidad sexuales: arts. 181.3 CP, 183.1 y 183.2 PCP, 187.1 CP y 189CP», en Álvarez García, J. y González Cussac, J. L. (dir.): *Consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia, 2009, pág. 221.

60 Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., pág. 256.

61 Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., pág. 256.

62 Decisión Marco 2004/68/JAI, Artículo 2: «Infracciones relacionadas con la explotación sexual de los Niños. Cada Estado Miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas intencionales siguientes: a) coaccionar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos, o lucrarse con ello o explotar de cualquier otra manera a un niño para tales fines;». En el ámbito del delito de prostitución no fue necesario realizar ninguna modificación para cumplir con esta norma debido a la previsión ya contenida en el artículo 188.1.

63 El artículo 5.2.b) de la Decisión Marco 2004/68/JAI determina que las conductas de lucrarse o explotar la prostitución de un niño o su participación en espectáculos pornográficos, así como su captación, deberán ser castigadas con una pena máxima de al menos entre

lógica y conveniente si se pretende mantener un criterio uniforme en la regulación de todos los delitos sexuales. Así, el especial tratamiento que recibe esta clase de víctimas en el ámbito de las agresiones y los abusos sexuales determina la conveniencia de procurar una individualización de la respuesta punitiva también en los casos de prostitución y espectáculos pornográficos. Debemos tener en cuenta que se trata de una diferenciación de tratamiento que ya existía en el artículo 189 en referencia a la pornografía<sup>64</sup>. Consecuentemente, a partir de la reforma de 2010, el artículo 187. 2. agrava la pena prevista para la prostitución de menores de edad de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses a una pena de cuatro a seis años de prisión cuando la víctima sea menor de 13 años.

Al concluir este análisis se llega a la inevitable conclusión de que los intereses electoralistas han sido, en los últimos tiempos, una de las principales preocupaciones del legislador a la hora de abordar la reforma de los delitos sexuales. La inquietud del legislador por la desprotección de la infancia frente a los ataques sexuales hay que ponerla en relación, para intentar comprender las sucesivas reformas que se han dado en este ámbito, con la presión que ejercen ciertos sectores sociales a través de los medios de comuni-

cación. De otra forma, resultarían casi inexplicables ciertas decisiones legislativas que se han adoptado en esta materia. Esta situación, además, se ha visto agravada en la reforma de 2010, donde el legislador no se ha conformado con aumentar las penas de estos delitos, tal como ha sucedido en la mayor parte de las ocasiones, sino que ha estimado necesario proceder a la individualización del tratamiento legal de las conductas que afectan a estos sujetos, buscando con ello un mayor golpe de efecto. Tal vez más grave sea aún, si cabe, que el legislador se vea en la obligación de receptor en la legislación nacional preceptos que contradicen sus lineamientos. En este sentido, se ha procedido a la creación de delitos de peligro abstracto que implican un adelantamiento inaceptable de las barreras de protección penal de la libertad e indemnidad sexuales, y que tienen como consecuencia una indeseable intromisión en el terreno de la privacidad personal. En consecuencia, es necesario entender, en nuestra opinión, que no es procedente la utilización de esta técnica legislativa en el ámbito de los delitos sexuales. Cabe concluir, por tanto, que este proceder asistemático del legislador provoca inseguridad jurídica y obliga a un replanteamiento del alcance que debe otorgarse al bien jurídico protegido por estos tipos.

---

cinco y diez años cuando se de alguna de las siguientes circunstancias: que la víctima sea un niño que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual según el Derecho nacional, que el autor haya puesto en peligro de forma deliberada o por imprudencia temeraria la vida del niño, que la infracción se haya cometido empleando violencia grave contra el niño o causándole un daño grave, o bien, que la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva, según la definición de la Acción Común 98/733/JAI, cualquiera que sea el grado de la sanción contemplada en dicha Acción Común.

64 Poniendo de relieve esta disfunción en el año 2005: Gómez Tomillo, M.: «Derecho Penal sexual...» ob. cit., pág. 31.