

Carlos Fuertes Iglesias

La cláusula de consentimiento sexual de los menores en el escenario de un nuevo derecho penal sexual

Director/es

Boldova Pasamar, Miguel Ángel

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606

Tesis Doctoral

LA CLÁUSULA DE CONSENTIMIENTO SEXUAL DE
LOS MENORES EN EL ESCENARIO DE UN NUEVO
DERECHO PENAL SEXUAL

Autor

Carlos Fuertes Iglesias

Director/es

Boldova Pasamar, Miguel Ángel

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

Programa de Doctorado en Derecho

2023



**Universidad
Zaragoza**

FACULTAD DE DERECHO- UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

TESIS DOCTORAL

**LA CLÁUSULA DE CONSENTIMIENTO
SEXUAL DE LOS MENORES EN EL ESCENARIO
DE UN NUEVO DERECHO PENAL SEXUAL**

ASPIRANTE AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

D. CARLOS FUERTES IGLESIAS

DIRECTOR

PROF. DR. D. MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR

Dpto. Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho

Zaragoza, 2023

A Jessica

*En memoria de mis añorados abuelos
Arturo, Pilar y especialmente, de Esther,
siempre en mi recuerdo y en mi corazón*

Agradecimientos

La presente Tesis Doctoral ha podido ser culminada gracias al tesón, al aliento y la guía constante en la investigación de su director, el Prof. Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar, quien apostó por mí desde un primer momento, permitiéndome aprender a su lado y siendo extraordinariamente generoso en su afecto. Es un privilegio poder recibir cada día sus enseñanzas, consejos y recomendaciones, que han sido determinantes en los resultados de este trabajo. Espero poder honrar su confianza con las aportaciones que, en lo sucesivo, pueda realizar a esta materia.

Quiero agradecer a los profesores del Área de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza, por su cariño y acompañamiento en esta etapa, que quedará siempre en mi memoria. La presente investigación se ha nutrido también de sus preciados consejos y reflexiones, nacidas en tantas horas de conversación y debate, sostenido a lo largo de los años. Emocionadamente, debo recordar a los profesores del Área que nos han dejado de forma repentina, los Dres. Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá, por la huella imborrable de su conocimiento y de su humanidad, dispensándome siempre un trato muy afectuoso, y obsequiándome con algunas recomendaciones que han sido de sumo interés. Me habría encantado poder compartir con ellos la culminación de este trabajo. No puedo olvidar una cariñosa mención a mis condiscípulos, por su fraternal compañerismo, particularmente, a Lucas Menéndez Conca, con quien he compartido día a día nuestros respectivos avances.

Por último y fundamentalmente, mi gratitud eterna siempre a mis padres, porque por su incondicional apoyo y constancia, he podido finalmente descubrir y dedicarme a mi verdadera vocación.

También gracias a Purificación y Héctor, por su cariño y reconocimiento, que hago extensivas al resto de nuestra querida familia, que he sentido siempre a mi lado.

Lista de abreviaturas

A.	Auto.
AAN	Auto de la Audiencia Nacional.
AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
ACP	Actualidad Penal.
AD	Anales de Derecho.
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AJCI	Auto del Juzgado Central de Instrucción.
AN	Audiencia Nacional.
AP	Audiencia Provincial.
Apdo./s.	Apartado/s.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
Art./s.	Artículo/s.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
Cap./s.	Capítulo/s.
CC	Código Civil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CE	Constitución española de 1978.
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women- ONU 1979.
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales de 1950 (Consejo de Europa).
Cfr.	Confróntese.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial de España.
ComCP	Comentarios al Código Penal.
CP, CCPP	Código Penal; Códigos Penales.
CP (TR 73)	Código Penal de 1944- Texto Refundido de 1973 (derogado).
CPC	Cuadernos de Política Criminal.

CPI	Corte Penal Internacional.
D	Decreto.
DA	Disposición Adicional.
DF	Disposición Final.
DLeg	Decreto Legislativo.
DLL	Diario La Ley.
DP	Derecho Penal.
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (última versión)
DT	Disposición Transitoria.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
EM	Exposición de Motivos.
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
EPyC	Estudios Penales y Criminológicos. U. de Santiago de Compostela.
FGE	Fiscalía General del Estado de España.
F.D.	Fundamento de Derecho.
F.J.	Fundamento jurídico.
LH	Libro Homenaje.
LO/LLOO	Ley Orgánica, Leyes Orgánicas.
LOGILS	Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual.
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
LOIEMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.
LOPJ	Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOPIVI	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
n./N.	Nota.
nn./NN.	Notas.
núm/s.	Número/s.

PIDCP	Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Nueva York 1966-ONU.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York 1966-ONU.
PCP	Proyecto de Código Penal.
p.ej.	Por ejemplo.
PE	Parte Especial.
Pfo.	Párrafo.
PG	Parte General.
PJ	Poder Judicial.
RAE	Real Academia Española de la Lengua.
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto Ley.
RDLeg	Real Decreto Legislativo.
RDP	Revista de Derecho Penal.
RDPyC	Revista de Derecho Penal y Criminología.
ReCrim	Revista de Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia.
RGDP	Revista General de Derecho Penal.
S./Ss	Sentencia/Sentencias.
s./ss.	Siguiente/Siguientes.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial.
Sec.	Sección.
SOA	Sexual Offences Act 2003.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo).
StGB	Strafgesetzbuch.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
t.	Tomo.

T.	Título.
TC	Tribunal Constitucional de España.
TR	Texto Refundido.
TS	Tribunal Supremo de España.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia (seguido de indicativo autonómico).
UE	Unión Europea.
v.	Véase.
v.gr.	Verbigracia.
vol./s.	Volumen/es.

ÍNDICE

PARTE PRIMERA.- PLANTEAMIENTOS CONTEXTUALIZADORES DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO I.- INTRODUCCIÓN

1. Cuestiones introductorias.....	22
1.1. La relevancia renovada del debate sobre la libertad e indemnidad sexuales: causas.....	27
1.1.1 El movimiento “ME TOO”	29
1.1.2 El mayor impacto legislativo de ciertas corrientes feministas.....	32
1.1.3 Los abusos sexuales a menores en el marco de la Iglesia Católica e instituciones religiosas como factor justificativo de reformas legislativas en materia penal. Especial referencia al Registro de Delincuentes Sexuales como evidencia de un Derecho Penal y administrativo del delincuente sexual como “enemigo” .	43
1.1.4 La supuesta “impunidad” como un argumento justificativo adicional de la reforma del Código Penal de 2022 en los delitos sexuales.....	47
1.1.5 La disociación de la realidad sociológica sobre la edad de consentimiento en pos de la creación de nuevos ámbitos de riesgo para la indemnidad sexual.....	50
1.2. El Derecho Penal sexual español del s. XXI: un nuevo entorno relacional.....	59
1.2.1. La proliferación de las redes sociales: el entorno digital como realidad cotidiana.....	60

1.2.2. Nuevas modalidades típicas vinculadas a las tecnologías digitales: análisis de la “agresión sexual online” como paradigma.....	69
1.2.3. Planteamientos antes de la entrada en vigor de la LOGILS (antes de septiembre de 2022): abuso y agresión sexuales online.....	71
1.2.4. Breve reflexión tras la entrada en vigor de la LOGILS (desde septiembre de 2022): a propósito de la eliminación de la violencia como elemento típico objetivo de la agresión sexual....	78
1.3. Tendencia punitivista del Derecho Penal sexual.....	81
1.4. El delincuente sexual estigmatizado como “enemigo” durante y después del cumplimiento de su condena: el Registro de Delincuentes Sexuales y su conflicto con los principios de la responsabilidad penal de los menores.....	88
1.5. La transversalidad del tratamiento de la sexualidad.....	93
2. Objeto de la investigación. Planteamiento del problema jurídico de las relaciones sexuales con/entre menores en la cláusula “Romeo y Julieta” y los problemas derivados del concepto de consentimiento sexual.....	97

CAPÍTULO II

EL MENOR Y SU SEXUALIDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA EVOLUCIÓN FISIO-BIOLÓGICA DEL MENOR Y EL DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD SEXUAL

1. Sexualidad y evolución biológica del menor en el ámbito sexual.....	100
1.1 El concepto biológico- fisiológico de la sexualidad humana.....	101

1.2 Breves notas de la evolución de la sexualidad del menor en la esfera psíquica. Estructuras de la identidad y teorías del desarrollo de la personalidad sexual.....	111

CAPÍTULO III

REFLEXIONES ACERCA DE LA CUESTIÓN DEL EJERCICIO INTERACTIVO DE LA SEXUALIDAD POR LOS MENORES COMO PLANTEAMIENTO TEÓRICO Y POLÍTICO

1. Referencia a los principales planteamientos favorables a las relaciones sexuales con menores. El “Enclave Kring” como precursor de la doctrina favorable a las relaciones sexuales con menores.....	119
2. El “asunto de Versalles” (Francia, 1977).....	120
3. Influencia en Alemania del discurso favorable a la legalización de prácticas sexuales con menores en la década de los 80.....	123
4. El partido NVD en los Países Bajos.....	124
5. Influjos actuales: hacia los movimientos propedofilia y el activismo en el ámbito de la sexualidad activa con menores de corta edad.....	125

CAPÍTULO IV

LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO DE SU SEXUALIDAD (I): EDAD ANTIGUA-EDAD MODERNA

1. Trazos de la evolución histórica en el tratamiento jurídico del binomio “sexualidad y menores”: la “honestidad” y la “moralidad” como hilos conductores de la tutela penal.....	129
1.1 Edad Antigua.....	131

1.2 Edad Media.....	143
1.3 La Inquisición Española (1492-1834).....	149
1.4 Notas sobre el Derecho Penal Sexual de la Edad Moderna, al margen de la Inquisición (s. XV- XVIII).....	155

CAPÍTULO V

LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO DE SU SEXUALIDAD (II): EDAD CONTEMPORANEA HASTA LA ACTUALIDAD

1. Introducción: líneas de evolución desde la protección penal de la honestidad a la tutela de la libertad e indemnidad sexuales.....	158
2. Los textos sustantivos criminales comunes decimonónicos (Códigos penales españoles de 1822, 1848 y 1870).....	159
2.1 El Código Penal español de 1822.....	159
2.2 El Código Penal español de 1848.....	167
2.3 Referencia al Código Penal español de 1870.....	174
3. Los Códigos Penales de la España del siglo XX (1923-1995).....	174
3.1 Primera etapa: Dictadura de Primo de Rivera (1923-1931).....	174
3.2 Segunda etapa: II República, Guerra civil y comienzos de la Dictadura de Franco (1931-1944).....	178
3.2.1 Sucinta referencia a la Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Interpretación de su trascendencia como antecedente, a la luz del actual modelo de intervención penal.....	180
3.3 Tercera etapa: El Código Penal de 1944 y el desarrollo de la legislación de la Dictadura en la materia de la honestidad sexual (1944-1973)...	186
3.4 Cuarta etapa: Fin de la Dictadura, Transición y comienzo de la democracia constitucional en España (1975-1989).....	190

3.5 Quinta etapa: La reforma del Código Penal de 1973 por la LO 3/1989, de 21 de junio. El reconocimiento expreso de la libertad sexual. (1989-1995).....	195
4. Código Penal de 1995 en su versión inicial: la mínima expresión de moral sexual colectiva en la regulación legal.....	202
4.1 Reforma de 1999.....	208
4.2 Reforma de 2003.....	211
4.3 Reforma de 2010.....	216
4.4 Reforma de 2015.....	224

PARTE SEGUNDA

ESTUDIO DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN LOS DELITOS SEXUALES EN LOS QUE LA VÍCTIMA CARECE “EN PRINCIPIO” DE CAPACIDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL

CAPÍTULO I

LIBERTAD SEXUAL, INDEMNIDAD SEXUAL Y MORAL SEXUAL

1. Aproximación conceptual: Presupuestos entorno al concepto de bien jurídico en Derecho Penal.....	246
2. La libertad sexual y su perspectiva positiva.....	250
2.1 Aportación personal taxonómica: libertad sexual positiva de proyección autónoma y libertad sexual positiva de proyección interactiva.....	251
3. Libertad sexual en su perspectiva negativa.....	257
4. La indemnidad sexual como bien jurídico.....	260
5. La “moral sexual colectiva”: ¿bien jurídico protegido?.....	268

CAPÍTULO II

CARACTERIZACIONES ATRIBUIDAS POR LA DOGMÁTICA PENAL ESPAÑOLA A LA LIBERTAD Y/O INDEMNIDAD SEXUALES COMO BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

1. Planteamiento inicial.....	274
2. Posiciones “monistas” en la doctrina contrarias al reconocimiento autónomo de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido. Autores favorables al reconocimiento de un único bien jurídico: la libertad sexual.....	274
2.1 La postura de Díez Ripollés en su trayectoria investigadora sobre esta materia.....	274
2.2 Las aportaciones de Tamarit Sumalla a favor de un único bien jurídico consistente en la libertad sexual.....	284
2.3 Aportación de Orts Berenguer y Suárez-Mira desde la concepción restrictiva de la indemnidad sexual.....	287
3. Planteamientos “dualistas”: el reconocimiento de la indemnidad sexual como bien jurídico autónomo y necesario para la protección de los menores en el ámbito sexual.....	289
3.1 Aportación de González Rus: la libertad sexual y su complemento con la indemnidad sexual como “intangibilidad sexual”. Otros autores favorables.....	290
3.2 Planteamiento de Muñoz Conde: la libertad e indemnidad sexuales como manifestaciones complementarias del derecho al libre desarrollo de la personalidad sexual.....	292
3.3 Posición de Boldova Pasamar: Evolución del tratamiento dual de los bienes jurídicos protegidos.....	297
4. Otras posturas entorno al bien jurídico protegido de la libertad sexual...	299

4.1 Planteamiento de Acale Sánchez: la “libertad sexual segura” como bien jurídico protegido.....	299
4.2 La “autonomía sexual” como bien jurídico protegido en la concepción de Queralt Jiménez.....	306
4.3 Postura de Caruso Fontán: integración de la indemnidad sexual como faceta negativa de la libertad sexual.....	308
5. Postura personal a favor de complementariedad de los bienes jurídicos de libertad e indemnidad sexuales.....	310

**PARTE TERCERA.- BASES CONCEPTUALES DE LA TEORÍA DEL
CONSENTIMIENTO SEXUAL Y EVOLUCIÓN DE SU TRATAMIENTO EN EL
DERECHO PENAL ESPAÑOL**

**CAPÍTULO I
AUTODETERMINACIÓN Y CONSENTIMIENTO SEXUALES. RELACIÓN
ENTRE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN EL TÍTULO VIII DEL
LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL Y TALES CONCEPTOS.**

1. Introducción.....	324
2. La capacidad de autodeterminación como presupuesto del consentimiento.....	328
3. El “consentimiento” como concepto con especial significación en el ámbito penal.....	331
4. Relación entre los bienes jurídicos implicados y el consentimiento: disponibilidad en el ámbito de la libertad sexual frente a la indemnidad sexual.....	336

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL: ELEMENTOS PERSONALES, OBJETIVOS Y FORMALES EN CLAVE DE UNA “TEORÍA DEL CONTRATO SEXUAL” COMO PARADIGMA DEL MODELO AFIRMATIVO

1.	Elementos personales, objetivos y formales del consentimiento sexual: hacia una “teoría del contrato sexual” como paradigma –fallido– del consentimiento sexual expreso (solo sí es sí).....	346
1.1	Elementos personales: los integrantes de la relación.....	347
1.1.1	Divergencias entorno a la categorización de los delitos sexuales como “delitos de propia mano”.....	353
1.1.2	Elementos esenciales de carácter personal frente a elementos accesorios o perimetrales: la cuestión del error en tales factores y su trascendencia respecto del consentimiento sexual.....	358
1.1.3	Conclusiones respecto del error en los elementos esenciales y perimetrales de carácter personal.....	363
1.2	Elementos objetivos: sobre qué se consiente en el marco de la acción sexual. Especial referencia a las prácticas sexuales violentas.....	368
1.2.1	Prácticas sexuales con componentes de violencia o dominación sexual consensuada (referencia al BDSM).....	379
1.2.2	Especial referencia a los menores de la edad de consentimiento sexual (menores de 16 años) en esta materia.....	393
1.3	Elementos formales: la manifestación del consentimiento sexual.....	398

2.	Reflexiones conclusivas entorno a los elementos del “contrato sexual” en el contexto de la actual regulación penal española y de las últimas interpretaciones de la misma.....	403
3.	Referencia a los textos precursores de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LOGILS) con especial atención a la regulación del consentimiento sexual.....	415
3.1	El Anteproyecto de Ley Orgánica de 2020 y su propuesta de regulación de la exteriorización del consentimiento sexual a los efectos de la protección penal de la libertad sexual.....	415
3.2	El influjo de la “perspectiva de género” en la configuración de la reforma del Código Penal mediante la LOGILS: hacia un Derecho Penal y procesal identitario en materia sexual.....	423
3.2.1	Análisis crítico del enfoque de “perspectiva de género” en el ámbito del Derecho Penal sexual.....	426
3.2.2	La “perspectiva de género” en la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma del Código Penal operada por la LOGILS.....	431
3.2.3	Postura personal frente a la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexuales bajo los postulados de la “perspectiva de género”.....	436
3.3.	El Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de 26 de julio de 2021, como precursor inmediato de la LOGILS.....	445
3.4.	Otras modificaciones legales (2020-2023) con influencia indirecta en la delimitación de los bienes jurídicos protegidos en el Título VIII del	

Libro II del Código Penal y/o en la configuración del consentimiento sexual.....	481

PARTE CUARTA.- LA CLÁUSULA DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL ART. 183 BIS CP

CAPÍTULO I

LA EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL EN ESPAÑA PARA LA APLICACIÓN DEL ART. 183 BIS CP. ESTUDIO DEL MARCO COMPARADO Y VALORACIÓN DE LA ELEVACIÓN DE 13 A 16 AÑOS DE LA EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO

1. Breve justificación del planteamiento acerca de la edad de consentimiento sexual y de las referencias al Derecho comparado.....	498
2. La edad de consentimiento y su regulación en la legislación extranjera....	504
2.1 Alemania.....	506
2.2 Italia.....	507
2.3 Francia.....	508
2.4 Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte.....	511
2.5 Canadá.....	517
2.6 Suecia.....	520
2.7 Estados Unidos de América.....	521
2.8 Singapur como peculiaridad en el ámbito asiático: modelo de “ <i>common law</i> ”.....	524
2.9 Conclusiones de la aproximación iuscomparatista efectuada entorno a la edad de consentimiento sexual en los diversos ordenamientos estudiados.....	528

3.	Consideraciones críticas entorno a la elevación a 16 años de la edad de consentimiento sexual en el sistema penal español.....	532
4.	Sobre la existencia de una “edad mínima” de aplicación actual de la cláusula del art. 183 bis CP.....	544
5.	Cuestionamiento entorno a la existencia o apreciación de una “edad máxima” para la aplicación de la cláusula del art. 183 bis CP.....	552

CAPÍTULO II

EL CRITERIO DE PROXIMIDAD CRONOLÓGICA.

1.	Notas introductorias: sobre la adecuación del precepto a las exigencias del principio de legalidad (taxatividad) y seguridad jurídica.....	557
2.	Propuestas interpretativas entorno a la simetría y asimetría de edad.....	567

CAPÍTULO III

EL CRITERIO DE PROXIMIDAD MADURATIVA

1.	Notas introductorias: sobre la adecuación del criterio de proximidad madurativa a exigencias a las exigencias del principio de legalidad (taxatividad) y seguridad jurídica.....	577
2.	El concepto de madurez psicológica: una cuestión controvertida.....	578
3.	Criterios para la valoración de la proximidad en madurez psicológica.....	583
4.	La valoración de la proximidad en desarrollo físico.....	589
5.	Postura personal interpretativa entorno a la exigencia de proximidad en grado de desarrollo o madurez físico y psicológico.....	590

CAPÍTULO IV

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA DEL ART. 183 BIS CP

1. Planteamiento del art. 183 bis del Código Penal en clave de causa de atipicidad.....601
2. Planteamiento del art. 183 bis del Código Penal desde la óptica de la causa de justificación.....608
3. Planteamiento del artículo 183 bis desde la óptica de la excusa absolutoria.....611

PROPUESTA DE REGULACIÓN DE *LEGE FERENDA* DE LA CLÁUSULA DE EXENCIÓN Y ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR CONSENTIMIENTO DEL MENOR.....613

CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....616

BIBLIOGRAFÍA.....649

**PARTE PRIMERA.- PLANTEAMIENTOS CONTEXTUALIZADORES DEL
OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN**

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN

1. Cuestiones introductorias

Es una tendencia histórica contrastada en el Derecho Penal del legislador de todo tiempo el interés subyacente, muchas veces declarado en los textos legales, otras descubierto a través de la hermenéutica, en tratar de preservar e introducir normas coherentes a un concepto de moral sexual dominante o mayoritaria, a través de la regulación jurídico-penal de la manifestación de las interacciones sexuales entre los seres humanos.

En la doctrina penal española, como constata DÍEZ RIPOLLÉS (1985, p. 17)¹, han sido pocos los autores que dejaban de aludir, expresa o tácitamente, en las definiciones sobre el bien jurídico protegido, a la presencia de un concepto de moral sexual dominante, si bien, no generalmente como único ni preponderante bien jurídico, puesto que no lo es actualmente, aunque sí lo ha sido. Como señala TERRADILLOS BASOCO (2016, p. 193)², es la superación de la concepción de la protección de la honestidad, que como señala el autor, “trufaba el código de criterios criminalizadores enraizados en principios morales y en ideologías sexistas”, lo que lleva a la actual concepción de libertad sexual.

Ciertamente, DÍEZ RIPOLLÉS (1985, p. 82)³ advierte cómo los principios orientadores que deben ser considerados a la hora de regular la materia son los

¹ En DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1985). *La protección de la libertad sexual*. Bosch.

² Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (2ª ed., pp. 193-227). Iustel.

³ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1981). *El Derecho Penal ante el sexo*. Bosch.

de autorrealización personal, capacidad de decisión y autorresponsabilidad del ciudadano adulto.

Por su parte, CARUSO FONTÁN (1996, pp. 94 y ss.)⁴ alude a la existencia de razones de naturaleza tanto sociológica como constitucional para proteger la libertad sexual como un valor inmanente a la regulación jurídico penal de la materia. Así la libertad sexual, desde un plano sociológico, constituye una manifestación de autorrealización del individuo en la esfera sexual, una peculiar y singular especie del bien jurídico genérico de la libertad, que por sus propias manifestaciones (especialmente, en lo que vendremos a denominar en este trabajo la libertad sexual positiva de proyección interactiva), requiere un tratamiento singular por el Ordenamiento en su protección.

Por tanto, es objeto de estudio en esta tesis doctoral el alcance y límites de la libertad sexual en relación con los menores de edad, estudiándose particularmente un punto de conexión o “elemento bisagra” que permite articular el sistema de protección penal respecto de los mismos, como es la cláusula del art. 183 bis CP, también llamada, no muy afortunadamente a nuestro juicio, “cláusula Romeo y Julieta”.

La elección de ese concreto objeto de estudio, la cláusula de exención referida, se determinó por parte del presente doctorando, siguiendo las líneas del Director del mismo, en tanto que constituye actualmente a nuestro juicio un elemento vertebrador de la correlación entre un bien jurídico pujante o en alza,

⁴ V. CARUSO FONTÁN, M. V. (2006). *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch.

como es la libertad sexual –cuyo contenido entendemos que debe ser concebido de una manera amplia, precisamente como una manifestación de una faceta del propio desarrollo del ser humano, que afecta a estructuras relacionales ligadas con su proyección afectiva, personal, social o familiar– y la indemnidad sexual, un bien jurídico específico, distinto de la libertad sexual. Su presencia en el discurso intelectual resulta a nuestro entender actualmente adecuada y necesaria para poder explicar debidamente los supuestos de protección de los delitos sexuales del Código Penal, respecto de los menores de 16 años, en los casos que no media violencia o intimidación (puesto que tales casos son ataques a la libertad sexual negativa, de la que los menores también son titulares), pero el consentimiento, asentimiento o tolerancia prestada por el menor no es válido con carácter general para nuestro legislador penal. Lo anterior, por la afección potencial o actual respecto de su personalidad sexual, basada en la presente incapacidad del menor de poder decidir sobre esta materia e incluso, para poder apereibirse de las consecuencias potencialmente lesivas de la prematura interacción sexual, aun incluso cuando fuere anhelada o buscada por el propio menor⁵.

La indemnidad sexual, tras la reforma de la LO 11/1999, es un bien reconocido para las interferencias sexuales de determinados sujetos dignos de especial protección por el ordenamiento, que se les confiere “a pesar” de su manifestación voluntad en otro sentido, en cuanto que éstos carecen de disponibilidad respecto de su propia esfera de desarrollo sexual, salvo en los

⁵ V. A estos efectos, lo reflexionado por la STS Sala II, nº 811/2022, de 13 de octubre, (ECLI:ES:TS:2022:3712), sobre la distancia entre el concepto de “consentimiento natural” y “consentimiento jurídico”.

casos precisamente validados por la aplicación de la cláusula de exención del art. 183 bis CP.

Es decir, los menores tienen una capacidad de autodeterminación sexual limitada. Como señala ORTS BERENGUER (2015, pp. 651 y ss.)⁶, el objeto es proteger a los mismos de las prácticas que negativamente puedan influir “en sus respectivos procesos de formación y socialización, a su bienestar psíquico, a su intimidad, a su dignidad, e incluso a su libertad, allí donde se les reconoce”.

La relación –como analizaremos en este estudio– entre libertad e indemnidad sexuales no es adversativa a nuestro juicio (es decir, que donde hay libertad sexual no hay indemnidad, y viceversa), sino manifiestamente complementaria, cuando no, incluso, simbiótica. Podríamos señalar que un concepto necesita del otro para poder explicar, de una manera integradora, el actual sistema de protección penal, y particularmente la existencia de la cláusula objeto de estudio peculiar por esta investigación, como es la del art. 183 bis CP. Sobre estos extremos, profundizaremos en el momento de tratar precisamente el alcance y contenido que la doctrina española y la comparada más conspicua han dado a estos conceptos, con distintos e interesantes matices.

En todo caso, la protección penal de los bienes jurídicos de la libertad y de la indemnidad sexuales ocupa un papel preponderante en el más actual debate social, político y también, como no, en el ámbito jurídico-penal, precisamente por las hondas implicaciones que conlleva la lesión de tales intereses. La lectura que

⁶ V. ORTS BERENGUER, E. (2015). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II. En *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch.

puede ofrecerse de los casos en que ello se produce en distintos planos valorativos, estriba en una sociedad cada vez más sensible ante la fijación en esta materia de los medios de comunicación o las redes sociales y, también cabe señalar, más preocupada por el reduccionismo a las categorías (las víctimas, los culpables, los enemigos...), a la hora de interpretar fenómenos multidimensionales y complejos de una manera simplificada, cuando no simplista.

Cuando se habla de los “delitos sexuales” *in genere*, como habitualmente se realiza, bien por cuestión divulgativa, o simplemente por economía del lenguaje, lleva a dejar al margen un conjunto de importantes reflexiones, que en el plano científico debemos abordar para depurar y precisar, en lo posible, los contornos de la regulación penal de la protección de la libertad sexual, de la indemnidad sexual y los puntos de coexistencia de ambos conceptos. Se asume, por otra parte, que el planteamiento de la materia, aun cuando ha abandonado⁷ la “honestidad” o las “buenas costumbres” como referencia legal, sigue indefectiblemente ligado a principios axiomáticos e inquebrantables, que se basan en una concepción de la moral sexual (quizá, el más claro, la dominante percepción de lesividad y negatividad de las relaciones sexuales entre menores y adultos).

Lo anterior constituye un presupuesto de esta investigación, que no podemos soslayar: hemos de partir necesariamente de que la moral sexual es un elemento integrante de la valoración de esta clase de delitos, puesto que el

⁷ Así señalan MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R. (2008). *Comentarios al Código Penal*. G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) Aranzadi, p. 309, respecto del CP de 1995 que “El objetivo era claro: vaciar de contenido moral el Derecho Penal sexual”, con “un claro anhelo: tutelar la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo a la luz de los valores que alumbró la Constitución de 1978”.

Código trata de desvalorar, en principio, conductas que nuestra sociedad considera mayoritariamente censurables de un modo grave⁸.

Cuestiones diversas son el moralismo o la intervención excesiva, que puedan criticarse respecto de ciertas decisiones, sobre las que mostraremos razones de oposición, como es especialmente el incremento de edad de consentimiento sexual de 13 a 16 años, sustentada en razones que valoramos como poco convincentes, puesto que conducen a un exceso del legislador español, que la propia cláusula del art. 183 bis CP viene a tratar de paliar.

1.1. La relevancia renovada del debate sobre la libertad e indemnidad sexuales: causas

Si bien la cuestión de la intervención del Derecho Penal en la materia del desarrollo de las relaciones humanas de naturaleza sexual ha sido objeto de interés y de una notable evolución histórica, se percibe una renovada relevancia en el foco de atención del legislador hacia esta materia, fruto de las dinámicas de la sociedad y de la coexistencia de ciertos factores que han determinado, no solo en España, sino en un importante número de países –del continente europeo y en los Estados Unidos– a constituir una opinión social mayoritariamente

⁸ De forma muy interesante a nuestro juicio, MALÓN MARCO, A. (2016). *Ética Sexual Contemporánea Aspectos Pedagógicos y Límites*. Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 27-29, viene a advertir cómo existe un rechazo o desagrado generalizado en nuestra sociedad a la mera imaginación de una relación sexual entre un menor y un adulto, “máxime en los casos en que el adulto no utiliza la violencia y el niño consiente en la experiencia”. El mismo autor, de una forma muy interesante en plano del análisis ético y pedagógico de la materia, diferencia entre el “consentimiento” frente al “asentimiento” (vid. p. 45), donde incluso los menores, en estudios empíricos así lo apuntan, puede constituirse en “víctima participante”, referenciándose (vid. n. núm. 9 del texto citado) los estudios de MALÓN MARCO, A. (2011). The “Participating Victim” in the Study of Erotic Experiences between Children and Adults: A Historical Analysis. *Archives of Sexual Behavior*, 40, 169-188 y LANNING, K.V. (2005). Compliant Child Victims: Confronting an Uncomfortable Reality. En E. QUALE Y M. TAYLOR (Eds.), *Viewing Child Pornography on the Internet*. Russell House Publishing

favorable a un endurecimiento de la intervención punitiva del Derecho Penal en esta materia, sobre la premisa de una sensación colectiva de inseguridad.

Como bien señalan SORIA VERDE y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ (1994, p. 129)⁹, una novedad relevante de las últimas décadas del siglo XX, que se acentúa de una manera absolutamente extraordinaria –desbordando cualquier previsión de evolución– es el alcance mediático de los delitos sexuales, en el marco de una sociedad de la información digital. El delito de contenido sexual clásicamente era concebido como una cuestión tabú, sobre la que debía no hablarse y mantenerse en el ostracismo –tanto a la víctima, como al propio hecho–. La razón no era la protección del sujeto pasivo, sino por lo vergonzoso y afrentoso para la moral pública que esta clase de conductas suponía, al lesionarse a través de una acción de esta naturaleza los conceptos de la moral colectiva y las buenas costumbres que servían como parámetros conductuales sobre los que se desarrollaban las normas punitivas.

Debemos considerar que el Derecho Penal sexual postmoderno¹⁰, es decir, el Derecho Penal sexual de principio del s. XXI, se explica a partir del análisis de la trayectoria marcada desde varios puntos de inflexión, como son los siguientes que vamos a desarrollar, y que son particulares a esta materia frente al conjunto del Derecho Penal:

⁹ V. SORIA VERDE, M. Á. Y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. A. (1994). *El Agresor Sexual y su Víctima*. Marcombo.

¹⁰ Este concepto, predicado de manera global sobre el Derecho Penal contemporáneo y los derroteros que el mismo está adoptando se desarrollan con sumo interés por DEL ROSAL BLASCO, B. (2009). ¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11(08). <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>.

1.1.1. El movimiento “ME TOO”

La existencia del fenómeno social ligado al “*ME TOO*”, entendido como un movimiento de descubrimiento a la opinión pública, en primera persona de las presuntas víctimas o afectadas, de conductas de acoso y agresión, por razón de sexo, en el ámbito laboral o relacional de las víctimas.

El origen de esta corriente global de activismo, ha supuesto un hito relevante en las políticas de promoción de cambios en la regulación de los delitos sexuales, en cuanto al tratamiento sustantivo¹¹ y también a los derechos procesales de las presuntas víctimas. Especialmente, en cuanto a la participación en el proceso penal y la preconfiguración de cierta posición procesal derivada de la aplicación de los modelos de “perspectiva de género” en la instrucción y enjuiciamiento de las causas. En muchas ocasiones, no obstante, los casos conocidos no se han sustanciados en una causa penal, pero la persona acusada sí ha sufrido las consecuencias sociales de tal proceder.

El “*ME TOO*” es un movimiento nacido en Estados Unidos, a partir del año 2006, atribuido a la activista TANARA BURKE¹², que estableció una entidad no

¹¹ Aun cuando, ciertamente, no siempre se ha traducido en un mayor rigor en las penas de las diversas figuras, en España sí ha tenido, a nuestro juicio un reflejo relevante en la promoción del debate social acerca de las conductas de acoso sexual. Ello, unido a ciertos casos mediáticos, como analizaremos en sucesivos momentos, determina un marco idóneo para la creación de un sentimiento de presunta laguna en la regulación penal de la materia sexual, hasta el límite de hablarse por algunos responsables públicos de “impunidad”, que se pretende erradicar finalmente con la LOGILS. No podemos sino discrepar, como también tendremos ocasión de referir, respecto de tal planteamiento, de carácter fuertemente populista, en cuanto que la protección penal dispensada por el CP, en su versión previa a la modificación operada por la LOGILS no adolecía de ningún espacio de permisión para poder desarrollar una conducta sexual incoherente con otra persona. De hecho, la LOGILS, mediáticamente conocida como la Ley del “sí es sí”, no ha implementado finalmente un sistema de consentimiento sexual expreso, por ser contrario a la propia dinámica de las conductas sexuales.

¹² V. GARCÍA, S. E. (2017, 21 octubre). The Woman Who Created #MeToo Long Before Hashtags. *The New York Times*. Recuperado 8 de septiembre de 2022, de <https://www.nytimes.com/2017/10/20/us/me->

lucrativa para ayudar a personas que hubieran sufrido acoso sexual o abuso sexual, en el marco –inicialmente– de las relaciones laborales.

A esta campaña (“yo también”, en español), se sumaron rápidamente por efecto del eco mediático, diversas personalidades del mundo del espectáculo – especialmente, actrices–, que se reconocieron públicamente como víctimas de actos de naturaleza sexual o de propuestas sexuales no consentidas libremente, donde los proponentes, generalmente productores, directores u otros responsables de la industria, aprovechaban su posición de poder para imponerles tal conducta a cambio de una oportunidad profesional o de un provecho.

El caso de Harvey Weinstein, afamado magnate de la producción cinematográfica estadounidense, primero públicamente señalado, y posteriormente enjuiciado por diversos casos de depredación sexual en su ámbito laboral, fue un asunto que impulsó el movimiento hasta una dimensión global. Debe advertirse cómo lo novedoso del movimiento es, por una parte, el auge y expansión o “viralización” a través de los medios de comunicación y redes sociales; y por otro, el hecho de que toda su arquitectura se funda, esencialmente en el autorreconocimiento de víctima ante la sociedad, mediante la denuncia pública o publicada, y la mayoría de las veces no judicializada, como un modo

too-movement-tarana-burke.html. La entidad se denominó “Just Be” Inc., y tenía como objeto el apoyo a las personas “supervivientes de la violencia machista”. También analiza este origen a los efectos del estudio sobre el consentimiento, v. ANGEL, K. (2021). *El buen sexo mañana: Mujer y deseo en la era del consentimiento*. Alpha Decay, p. 18.

de reivindicación y autoafirmación de las mujeres que habían sufrido tales actos, como viene a concluir TUERKHEIMER (2019, p. 1208)¹³.

En correlación, un efecto inmediato derivado del movimiento, fue la estandarización de una llamada “política de la cancelación”, respecto de los sujetos involucrados –al menos, potencialmente– en dichas prácticas, como un modo de reacción colectivo del entorno hacia tales conductas¹⁴. Ello, con independencia, por supuesto, del mayor o menor acervo probatorio de las narraciones, o del hecho de un trascurso de tiempo que determinara la extinción de la responsabilidad penal por el instituto de la prescripción.

Aunque el movimiento “ME TOO” puede calificarse de un fenómeno mundial, en una sociedad actualmente globalizada, en España no ha experimentado un desarrollo y manifestación pública equivalente a Estados Unidos, ni se ha producido una oleada de “cancelación” respecto de hombres que hayan sido acusados de abuso de su posición de poder para tales fines

¹³ V. TUERKHEIMER, D. (2019, noviembre). Beyond #MeToo. *New York University Law Review*, 94(5), 1146-1208. <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2019/11/Tuerkheimer.pdf>

¹⁴ Evidenciamos este hecho desde un plano descriptivo, pero no favorable, puesto que la reacción social en algunos de los casos ha sido precipitada y derivada exclusivamente de las manifestaciones de la presunta víctima, al margen de cualquier proceso judicial, y en consecuencia, asistido el afectado por la presunción de inocencia, la estigmatización social y profesional del sujeto no puede ser un fin adecuado para el tratamiento de esta clase de conductas. Probablemente, la reacción de la cancelación tiene bastante de revanchista o pendular, en la medida que no solo las conductas de acoso y prevalimiento de la superioridad en el ámbito laboral venían acompañadas de un aura de tolerancia hacia las mismas, sino incluso podríamos afirmar que, en ciertos momentos, se consideraban incluso algo consustancial a las relaciones humanas en ciertos ámbitos laborales. En efecto, lo censurable y denigrante de tales conductas cristalizó, tras la publicación reiterada de estas informaciones en 2007, en un rechazo público y generalizado a toda aquella persona relacionada con las prácticas antedichas, como una suerte de forma de preservar la reputación empresarial o industrial frente a la mala imagen del personaje, cuando no como pretendido mecanismo para eludir sus responsabilidades algunos sujetos, que operaron como partícipes o conocedores de tal realidad. Como críticas a esta forma de censura pública, v. MALO OCEJO, P. (2021). *Los peligros de la moralidad: Por qué la moral es una amenaza para las sociedades del siglo XXI*. Deusto; VALLESPÍN OÑA, F. (2021). *La sociedad de la intolerancia* (1.ª ed.). Galaxia Gutenberg, S.L.

sexuales. Sí ha tenido eco mediático, pero no ha alcanzado objetivamente las dimensiones de su lugar de origen¹⁵.

En sentido opuesto, en países como Francia¹⁶, hemos podido asistir a una ola en sentido inverso, con una crítica pública a las delaciones públicas de esta clase de delitos, en tanto supone una estigmatización de los señalados, a los que se somete a una suerte de pública reprensión (un juicio paralelo) en el que, a diferencia del proceso penal, se parte de la presunción casi irrefutable de la veracidad del testimonio de la presunta víctima y se desarrolla sin oportunidad real de “defensa” mediática del teórico victimario.

La condena social, por ende, está asegurada, incluso en los casos de demostración de inocencia, puesto que los parámetros en los que se basa la censura social son notablemente diferentes a los jurídicos, sino que se ven fundados en el plano emocional-colectivo y en muchas ocasiones, en sentimientos atávicos de venganza, más cercanos al linchamiento que a la ponderación equilibrada de elementos objetivos.

1.1.2. El mayor impacto legislativo de ciertas corrientes feministas

¹⁵ Sobre esta cuestión, los estudios más recientes apuntan empíricamente a que el “ME TOO” en España ha sido, fundamentalmente, recibido como eco de la situación de Estados Unidos. Así lo apuntan SOSA SÁNCHEZ, R. P. y BRANDARIZ PORTELA, T. (2022). Caracterización del #MeToo en España. Una aproximación a través del análisis de la prensa y su impacto en la ciudadanía. *Investigaciones Feministas*, 13(1), 75-88. <https://doi.org/10.5209/infe.77820>, p. 385, identificándolo además como una manifestación propia del movimiento feminista de “cuarta ola”.

¹⁶ V. En LE PARISIEN (2020, 22 abril). Deneuve et 99 femmes défendent «la liberté d'importuner, indispensable à la liberté sexuelle». *leparisien.fr*. Recuperado 14 de octubre de 2022, de <https://www.leparisien.fr/laparisienne/people/deneuve-et-99-femmes-defendent-la-liberte-d-importuner-indispensable-a-la-liberte-sexuelle-09-01-2018-7491147.php>

De manera indisoluble a la explicación sobre el auge de los movimientos de reforma del Código Penal español en materia de los delitos sexuales¹⁷, debemos advertir la seña de un marcado carácter feminista de cuarta ola¹⁸ en los postulados predominantes, en lo que DÍEZ RIPOLLÉS (2019) apunta como un “Derecho Penal sexual identitario”¹⁹.

Debemos sucintamente advertir las llamadas cuatro olas del feminismo²⁰, para contextualizar debidamente el momento en que nos encontramos y el influjo en la LOGILS:

- i) **Primera ola feminista:** Datada en el siglo XVIII, con la Revolución Francesa y se extiende hasta buena parte del XIX. Nace con la voluntad de conseguir el reconocimiento de unos derechos esenciales para la mujer, donde el objetivo del sufragio femenino fue el primer gran “caballo de batalla”, con cumbres relevantes como la Declaración de Seneca Falls (EEUU, 1848) sobre derechos

¹⁷ La influencia decisiva del feminismo, que discute la imparcialidad del Derecho Penal al regular las conductas humanas en que se afecten derechos de las mujeres ha sido destacado por GONZÁLEZ GUERRA, C. M. (2015). *Delitos Contra La Libertad Sexual. Delimitación de la intimidación como medio coactivo*(J. C. FARÍA, Ed.). Ed. BdeF, p. 21.

¹⁸ En el movimiento feminista, puede distinguirse una serie de etapas, a las que se ha venido a denominar “olas del feminismo”. V. GARRIDO RODRÍGUEZ, C. (2021). Repensando las olas del feminismo. Una aproximación teórica a la metáfora de las olas. *Investigaciones Feministas*, 12(2), 483-492. <https://doi.org/10.5209/infe.68654>, viene a señalar que fue a partir de 1968 cuando se comenzó a hablar en el ámbito cultural feminista del concepto de ola, cuando así se acuña por MARTHA WEIMANN LEAR en un destacado artículo en el periódico New York Times. Por su parte, como advierte la autora, fue KATE MILLET EN 1971 quien publica una revista llamada “The second wave: A Magazine of the New Feminism” en la que la propia MILLET parte de una diferencia sustancial con la “primera ola” feminista, como advierte REVERTER BAÑÓN, S. (2010). El feminismo: más allá de un dilema ajeno. *Feminismo/s*, 15. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/15624/1/Feminismos_15_02.pdf.

¹⁹ V. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2019). Alegato contra un Derecho Penal sexual identitario. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>.

²⁰ Especialmente interesante el tratamiento histórico del feminismo que ofrece HAENSGEN, A. (2021). *Feminismo. El secuestro de una causa justa*. El Libero.

de la mujer y con los primeros iconos de la causa feminista, como HUBERTINE AUCLERT en Francia²¹, HARRIET TAYLOR MILL en Inglaterra²² con el círculo de Langham Place²³, o en España, las figura de CONCEPCIÓN ARENAL²⁴ o EMILIA PARDO-BAZÁN²⁵.

- ii) **Segunda ola feminista:** Surgida desde los años 60-70, en el que se advierte por alguna de sus promotoras un retroceso tras la obtención del derecho de voto, y se centran las aspiraciones en una lucha por la igualdad plena en el ámbito jurídico, el libre desarrollo y disfrute de la sexualidad, la planificación familiar y contraconcepción o la lucha contra los estereotipos sexistas, y la violencia intralaboral.

En Estados Unidos se manifiesta de una manera conjunta a las protestas a favor de la reivindicación de los derechos civiles, en el marco del verano del amor de 1968, unido además a un fuerte movimiento desde la izquierda política²⁶. Representan esta etapa, a

²¹ V. MOSES, C. G. (1985). *French Feminism in the 19th Century*. State University of New York Press, p. 278; BOCK, G. Y THANE, P. (Eds.). (1996). *Maternidad y políticas de género/ Maternity and Politics of the Gender: La Mujer En Los Estados De Bienestar Europeos 1880-1950* (1.ª ed.). Ed. Catedra, p. 244.

²² V. Los interesantes ensayos de MILL, J. S. Y MILL, H. T. (1970). *Essays on Sex Equality* (A. S. Rossi, Ed.). University of Chicago Press.

²³ CAPEL MARTÍNEZ, R. M. (2004). *Mujeres para la historia : figuras destacadas del primer feminismo*. Ed. Abada, p. 100.

²⁴ Sobre la igualdad, resulta de imprescindible cita su propia obra ARENAL DE GARCÍA CARRASCO, C. (1898). *Memoria sobre la igualdad*. Ed. Victoriano Suarez.

²⁵ Paredes Núñez, J. (2016). El feminismo de Emilia Pardo Bazán. En *Cuaderno de Estudios Gallegos- CSIC* (Tomo XL, Vol. 105). <http://estudiosgallegos.revistas.csic.es/>

²⁶ Resulta de interés el tratamiento crítico de ECHOLS, A. (1989). *Daring to be Bad: Radical Feminism in America, 1967-1975*. Amsterdam University Press; CROW, B. A. (2000). *Radical Feminism: A Documentary Reader*. New York University Press.

nivel internacional, autoras icónicas del feminismo, como KATE MILETT²⁷, SIMONE DE BEAUVOIR²⁸ o BETTY FRIEDAN²⁹, entre otras.

- iii) **Tercera ola feminista:** Nace a partir de los años 80, en el contexto de un reconocimiento y normalización de las diferentes inclinaciones sexuales, en el marco del desarrollo de una sociedad que se abría a una visibilización de las opciones sexuales distintas de la heterosexualidad, hasta ese momento latentes y ocultas (incluso, sancionadas penalmente en su ejercicio³⁰). Se enfrenta a un reto importante: los anteriores momentos del feminismo partían de una relación dicotómica hombre/mujer y por tanto, los problemas se planteaban siempre en clave binomial. Se concibe, por ejemplo, que los estudios y el enfoque de la homosexualidad también tiene un componente fuertemente masculino en su tratamiento (primacía del estudio desde el campo de la homosexualidad masculina, frente a un lesbianismo aun ocultado o no visibilizado). La lucha contra la violencia en el ámbito familiar y de pareja fue una de sus principales reivindicaciones.

²⁷ La trascendencia de su figura en la segunda ola es un elemento comúnmente aceptado en el feminismo, como parece extraerse de JEFFREYS, S. (2011, enero). Kate Millett's Sexual Politics: 40years on. *Women's Studies International Forum*, 34(1), pp. 76-84. <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2010.07.006>; STIMPSON, C. R.; SHULMAN, A. K. (1991). «Sexual Politics:» Twenty Years Later. *Women's Studies Quarterly. The Feminist Press at the City University of New York*, 19(3/4), pp. 30-40.

²⁸ A la que dedica parte de su análisis MAIER-HISCH, E. (2005). Revistando el Sentipensar de la Segunda Ola Feminista: Contextos, miradas, hallazgos y limitaciones. *Revista Culturales*, 8, 1-39. <https://doi.org/10.22234/recu.20200801.e485>

²⁹ Es obligada referencia en el feminismo de segunda ola su obra FRIEDAN, B. (1965). *La mística de la feminidad*. Sagitario.

³⁰ En España, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 consideraba la misma un estado peligroso y fue perseguida hasta 1979; y en diversos países de nuestro entorno europeo, se dejó de castigar por el ordenamiento penal en los años 70-80 (v. Alemania, 1969; Austria, 1971; Escocia, 1981; Portugal, 1983; etc.)

En este momento, aparecen dudas internas sobre aspectos como la posible conciliación dentro del espectro feminista, como planteamientos pro-vida frente a favorables al aborto libre; o de un feminismo llamado “antisexo”³¹ [donde destacan, aun con diferentes orígenes culturales y políticos, pero mismo fin, autoras como MACKINNON³² o DWORKIN³³, llegando a posiciones muy radicales como la de MORGAN³⁴], frente a otras voces favorables a un feminismo que acepta la prostitución o la pornografía como elementos conciliables con la defensa de los valores de igualdad y de respeto de la dignidad de la mujer³⁵.

³¹ V. BATAMIBAR, O. (1992). The Feminist Sexuality Debates and the Transformation of the Political. *Hypatia*, 7(4), 45-58. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.1992.tb00717.x>; SOBLE, A. (2002, 1 marzo). *Pornography Sex and Feminism*. Prometheus Books; CLÚA, I. (2008). *Genero y cultura popular: Estudios Culturales*. 1. Edicions UAB, p. 244;

³² V. MACKINNON, C. A. (1995). *Hacia una teoria feminista del Estado/ Towards a Femenist Theory of State*. Càtedra.

³³ V. MACKINNON, C. A.; DWORKIN, A. (1997). In *Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings*. Amsterdam University Press; ULLEN, M. (2016). «A tangled web of mindfuck»: Andrea Dworkin and the Truth of Pornography. *Tulsa Studies in Women's Literature*, 145-171. <https://www.jstor.org/stable/44784909>

³⁴ Para esta autora, “la pornografía es la teoría y la violación es la práctica”, como define en un capítulo así paradigmáticamente titulado “Theory and Practice: Pornography and Rape”, en su obra MORGAN, R. (1978). *Going Too Far: The Personal Chronicle of a Feminist*. Random House. Frente a este postulado, que fue y es un auténtico lema de las corrientes del feminismo más contrarias a la pornografía.

³⁵ Se han postulado innumerables contestaciones a las posturas radicales anti-pornografía, entre otras muchas y por su interés, las de GARRY, A. (1978). Pornography and respect for women. *Social Theory and Practice*, 4(4), 395-421; KUTCHINSKY, B. (1991). Pornography and rape: Theory and practice? *International Journal of Law and Psychiatry*, 14(1-2), 47-64. [https://doi.org/10.1016/0160-2527\(91\)90024-h](https://doi.org/10.1016/0160-2527(91)90024-h); LACEY, N. (1993). Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy. *Journal of Law and Society*, 20(1), 93. <https://doi.org/10.2307/1410114> y SNYDER-HALL, R. C. (2010, marzo). Third-Wave Feminism and the Defense of “Choice”. *Perspectives on Politics*, 8(1), 255-261. <https://doi.org/10.1017/s1537592709992842>. Muy reciente y con un tratamiento exhaustivo en España, v. VALERO HEREDIA, A. (2022). *La libertad de la pornografía*. Athenaica.

iv) **Cuarta ola del feminismo:** Es también llamado el feminismo “posmoderno”³⁶, “postestructural”³⁷ o posfeminismo³⁸, de lo que existe referencias desde los años 90³⁹ pero que se ha visto exponencialmente potenciado por el uso de las TIC⁴⁰, de manera que podríamos afirmar la pervivencia en la fecha actual de una expansión de la cuarta ola (o quizá incluso una quinta). La crítica, a la par, se une a través del hilo conductor de lucha contra el

³⁶ Así lo califican voces relevantes en la doctrina de la materia como PARPART, J. L. (1993). Who is the ‘Other’?: A Postmodern Feminist Critique of Women and Development Theory and Practice. *Development and Change*, 24(3), 439-464. <https://doi.org/10.1111/j.1467-7660.1993.tb00492.x>; WOLFF, K. (2007). Postmodern Feminism. *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*. <https://doi.org/10.1002/9781405165518.wbeosp067>; BARTHOLOMAEUS, C. (2016). Feminisms, Postmodern. *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*, 1-7. <https://doi.org/10.1002/9781118663219.wbegss411>.

³⁷ V. GIBLIN, H. (2016). Feminism, Poststructural. *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*, 1-5. <https://doi.org/10.1002/9781118663219.wbegss334>; WARNER, S. (2016). Structuralism, Feminist Approaches to. *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*, 1-6. <https://doi.org/10.1002/9781118663219.wbegss642>

³⁸ V. GAMBLE, S. (Ed.). (2001). *The Routledge Companion to Feminism and Postfeminism* (2ª Ed.). Routledge.

³⁹ Esencialmente, como anticipatorias del movimiento, entendiendo que el feminismo de los setenta y ochenta se concebía como algo obsoleto o desconectado de la necesidad de retomar viejos debates con un enfoque actual. Así, existen autorizadas voces como la de SOMMERS, que advierten cómo la tercera ola perseguía la igualdad y emancipación definitiva de la mujer, pero no así un feminismo de cuarta ola, a la que la autora identifica con el concepto del victimismo y del afrontamiento del debate de la igualdad desde la premisa de la nocividad del hombre, con un rechazo del concepto de masculinidad, por ligarse equivocadamente al de machismo. Cabe señalar un extracto de la entrevista, en la que se le pregunta sobre cuándo pasó el feminismo de luchar por la igualdad de derechos y libertades a pensar que las mujeres casi nacen todas como víctimas potenciales de los hombres –en el contexto de la “brecha” con la anterior ola, aclaramos–, y se responde, citamos textual: “El feminismo de hoy es de lamento. Se empezó a forjar en los 90. La causa noble de la emancipación de la mujer se transformó en victimismo. ¿Cómo pasó? Le echo mucho la culpa a una mezcla desafortunada de teorías de la conspiración sobre un patriarcado fantasma y la propaganda. Desde hace años, he mirado con cuidado estadísticas sobre mujeres y violencia, depresión, desórdenes alimenticios, igualdad salarial y educación. Lo que he encontrado es información engañosa. La tercera ola del feminismo se construye con mentiras e hipérboles. Por ejemplo, la desigualdad salarial. Sí, las mujeres ganan menos que los hombres pero es porque estudian distintas carreras, trabajan en distintos campos y menos horas. Cuando controlas todos estos factores, la diferencia casi desaparece. Pero eso no se dice en los libros de los estudios de género”. V. VEGA, B. G. (2016, 17 septiembre). CHRISTINA H. SOMMERS: «La tercera ola del feminismo se construye con mentiras». *EL MUNDO*. Recuperado 15 de octubre de 2022, de <https://www.elmundo.es/cronica/2016/09/17/57d79cb1268e3e94358b4638.html>

⁴⁰ LAUDANO, C. N. (2019). Acerca del uso estratégico de TIC en movilizaciones feministas. En A. RIVOIR y M. MORALES (Eds.), *Tecnologías digitales. Miradas críticas de la apropiación en América Latina* (pp. 357-369). Ed. Clacso y Riat.

heteropatriarcado, en sus diversas manifestaciones⁴¹. Resurgen nuevos debates sobre la justificación de prohibición de la gestación subrogada y de la problemática que de la misma se deriva desde el plano de la dignidad de la mujer⁴²; y otros ya antiguos, el fenómeno de la pornografía y su fuerte carácter machista⁴³ o de la prostitución como forma de comercio sexual con la mujer como objeto⁴⁴.

Tales puntos de disensión, fractura notablemente la propia ola feminista. De esta lucha dialéctica de las tesis y antítesis, se observa a nuestro juicio una victoria, a modo de síntesis, en el plano de la influencia política y legislativa, de las posturas más radicales⁴⁵. Especialmente, existe un punto relevante de conflicto actual entre algunas corrientes del feminismo dominante en relación con la

⁴¹ Así puede extraerse de BARTON, B. (2021). *The Pornification of America: How Raunch Culture Is Ruining Our Society*. Amsterdam University Press.

⁴² V. BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2017). *Hij@s del mercado: La maternidad subrogada en un Estado Social (Feminismos)*. Ed. Cátedra; NUÑO GÓMEZ, L. (2020). *Maternidades S.A.: El negocio de los vientres de alquiler*. Catarata

⁴³ Se hacen eco de esta realidad, desde diferentes posturas autoras como LONG, J. (2012). *Anti-Porn: The Resurgence of Anti-Pornography Feminism*. Van Haren Publishing; MIKKOLA, M. (2017). *Beyond Speech: Pornography and Analytic Feminist Philosophy*. Oxford University Press.

⁴⁴ V. LAMAS, M. (2016). Feminismo y prostitución: la persistencia de una amarga disputa. *Debate Feminista*, 51, 18-35. <https://doi.org/10.1016/j.df.2016.04.001>, en un equilibrado análisis de las cuestiones controversiales sobre el feminismo y las diversas posturas entorno al ejercicio libre o no de la actividad de trabajo sexual. A favor de la compatibilidad entre los postulados feministas y estas actividades, es referencia obligada PHILLIPS, A. (2013). *Our Bodies, Whose Property?* Princeton University Press. También desde nuestro Derecho Penal, a favor de la igualdad efectiva, la destacable aportación de LLOBET ANGLI, M. (2020). ¿El fin de la prostitución acabará con la trata? *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, 4, 90-112. <https://doi.org/10.46661/relies.4973>, con quien coincidimos en su planteamiento y en su perspicaz señalamiento del germen del feminismo más radical como origen de las falacias argumentales en esta materia, cfr. p. 92 y ss. de su estudio.

⁴⁵ Para MARTÍNEZ GUIASOLA, J. M. (2018). *La ideología de género: génesis filosófica, desarrollo doctrinal e incursión jurídica*. Ed. Punto Rojo Libros, son dos los elementos que destacan en el actual feminismo: el subordinacionismo biológico del sistema patriarcal y el igualitarismo indiscriminado del feminismo radical, como también estima CASTILLA CORTÁZAR, B. (2002). Lo masculino y lo femenino en el siglo XXI. En A. APARISI MIRALLES y J. BALLESTEROS LLOMPART (Eds.), *Por un feminismo de la complementariedad: nuevas perspectivas para la familia y el trabajo* (pp. 25-46). Eunsas.

cuestión de los derechos de las personas transexuales⁴⁶, que no ha encontrado definitiva resolución⁴⁷, y que ha cristalizado en España en diversas controversias durante la tramitación del Proyecto de Ley Trans⁴⁸.

- v) **¿Quinta ola del feminismo?:** No son pocas las referencias existentes a una quinta ola feminista, en los momentos actuales, aunque no existe consenso en la existencia de tal movimiento o si es una radicalización de la cuarta ola. No parece artificiosa en absoluto la diferenciación de este movimiento, en contraposición al feminismo de tercera y cuarta ola –los feminismos conviven en sus distintas etapas, no existe un cambio radical o metamorfosis colectiva, sino un proceso de decantación y avance gradual–, fundamentalmente porque este es un feminismo de carácter particularmente beligerante con las olas precedentes, con un fuerte

⁴⁶ V. ROBLES, L. (2021). *Identidades confinadas: La construcción de un conflicto entre feminismo, activismo trans y teoría queer*. Útero Libros. En este caso, como se advierte por algún sector del feminismo español, MIYARES, A. (2021). *Distopías patriarcales: Análisis feminista del «generismo queer» (Feminismos)*. Ed. Cátedra.

⁴⁷ Se puede identificar un movimiento dentro del feminismo, al que se ha denominado “TERF” (acrónimo de la locución anglosajona Trans-Exclusionary Radical Feminist, Feminismo Radical Trans-Excluyente en español). Respecto de esta realidad y su influencia como parte del diálogo social sobre las políticas trans, debemos citar a las aportaciones de PEARCE, R., ERIKAINEN, S. y VINCENT, B. (2020, julio). TERF wars: An introduction. *The Sociological Review*, 68(4), 677-698. <https://doi.org/10.1177/0038026120934713>, donde se advierte una franca oposición en sectores del feminismo en reconocer e integrar en su movimiento a las mujeres trans, en una postura favorable a la cisonormatividad. También de interés por la contextualización del conflicto en una fase anterior a la actual, pero ilustrativa de la trayectoria seguida en el debate entre las corrientes feministas, JOHNSON, K. (2012). Transgender, Transsexualism, and the Queering of Gender Identities: Debates for Feminist Research. En S. N. HESSE-BIBER (Ed.), *Handbook of Feminist Research: Theory and Praxis* (pp. 606-626). SAGE Publications.

⁴⁸ V. LEÓN, S. (2021, 30 junio). Las 7 razones por las que las feministas consideran que la ley Trans es una «aberración». *Libertad Digital*. Recuperado 15 de octubre de 2022, de <https://www.libertaddigital.com/espana/2021-06-29/las-7-razones-por-las-que-las-feministas-consideran-que-la-ley-trans-es-una-aberracion-6795534/>; en sentido adversativo, ÁLVAREZ, A. y SÁENZ, M. (2021, 6 febrero). La «ley trans» desde ángulos opuestos (P. ÁLVAREZ, entrev.). *EL PAÍS*. Recuperado 15 de octubre de 2022, de <https://elpais.com/sociedad/2021-02-06/la-ley-trans-desde-angulos-opuestos.htm>

contenido de potenciación de la protección LGTBIQ+ , y donde el carácter misándrico se potencia de una manera identitaria de este movimiento colectivo.

Atendiendo a lo precedentemente expuesto, la nueva LOGILS en su Preámbulo no encuadra los cambios normativos como respuesta a una necesidad de una reformulación de los tipos para una protección integral de todos los potenciales sujetos pasivos de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales –esto es, hombres y mujeres–, sino que emplea particularmente como argumento conductor la protección de la mujer⁴⁹ como principio rector de la Ley (art. 2. C LOGILS), en un contexto de “victimocentrismo”⁵⁰.

Viva muestra del escoramiento de la norma hacia esta clase de postulados es el hecho de que se refiere a los “hombres”, fundamentalmente, como destinatarios de los planes de prevención e información (art. 9 LOGILS), habla de las mujeres, niños y niñas como sujetos pasivos potenciales de los atentados

⁴⁹ Define el enfoque de género señalándose que “las administraciones públicas incluirán un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la ley orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas”.

⁵⁰ Aspecto que aparece ligado a la definición de empoderamiento, que auténticamente la Ley interpreta como “todas las políticas que se adopten en ejecución de la presente ley orgánica pondrán los derechos de las víctimas en el centro de todas las medidas, adoptando un enfoque victimocéntrico y dirigiéndose en particular a respetar y promover la autonomía de las víctimas y a dar herramientas para empoderarse en su situación particular y evitar la revictimización y la victimización secundaria”. Ya en materia de trata de seres humanos, cuya estrecha relación con los delitos que ocupan es notoria, se advierte el viraje hacia esa perspectiva desde las directivas de la Unión Europea en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011). La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas : ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13–14. <https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/46425/017389.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 14:2.

contra la libertad sexual –entiéndase también contra la indemnidad sexual, desde nuestro criterio y como expondremos más adelante–. Parece significativo que en una ley orgánica destinada al supuesto reforzamiento, protección y prevención de los atentados contra la libertad sexual en el ámbito penal, emplee el término “género” en 171 ocasiones a lo largo de su texto.

A nuestro juicio, la una regulación de la materia resulta influida, en la actualidad y sobre la base de la nueva norma, por un prisma de carácter identitario, sobre los potenciales sujetos activos –esencialmente, los hombres –, frente a los pasivos –naturalmente, las mujeres y añadidamente, los niñas y los niños, por su menor edad, no por su sexo–. La norma viene a institucionalizar la perspectiva de género en el abordaje de los atentados contra la libertad sexual y los mecanismos para la garantía en el ejercicio de los derechos fundamentales vinculados al bien protegido.

Tal perspectiva es una tendencia interpretativa que se asentaba teóricamente en la asunción de compromisos internacionales de España (particularmente, respecto a la CEDAW)⁵¹, y en la exégesis del art. 4 de la LOIEMH, y que, a partir de la LOGILS se recoge específicamente como un elemento vertebrador de la materia⁵² –con el riesgo de la extrapolación al ámbito

⁵¹ España ha sido sendas veces objeto de decisiones del Comité de la CEDAW, que impone la necesidad de implementar una perspectiva de género en el enjuiciamiento penal, como analiza SALAZAR BENÍTEZ, O. (2021). LA (IN)TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: Reflexiones a partir de las dos decisiones del Comité CEDAW condenatorias de España. *Revista de Derecho Político. UNED*, pp. 77-108. <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/31054/23483>

⁵² A favor del enjuiciamiento penal con perspectiva de género, sirvan las referencias a FARALDO CABANA, P. (2006). Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. *Revista Penal*, 72-94. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12271/Razones.pdf?sequence=2>; y también JERICÓ OJER, L. (2019). Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho Penal. En A. MONGE FERNÁNDEZ (Dir.); J. PARRILLA VERGARA (Coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad*

de la instrucción y valoración jurídico-penal de las conductas susceptibles de generar esta clase de responsabilidad bajo tal prisma analítico, en relación con principios fundamentales del proceso penal como la presunción de inocencia o la carga de la prueba vinculada al principio acusatorio⁵³.

De hecho, es la primera vez que se expresa de una manera clara una apuesta por implementar una ley con específica referencia transversal a los postulados “feministas” en nuestro ordenamiento. Así, las referencias al movimiento e ideología feminista (feminismos, en plural) son varias en la norma: desde su Preámbulo⁵⁴, pasando por los artículos que desarrollan los objetivos de las medidas de protección integral y prevención⁵⁵, los principios rectores de la norma⁵⁶, la sensibilización en materia educativa desde el feminismo⁵⁷ y también en campañas institucionales de prevención⁵⁸. Incluso la norma llega a un extremo

de una reforma desde una perspectiva de género?,). Bosch, pp. 285-337. De manera interesante LLORIA GARCÍA, P. (2020). Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del estado. *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XL, pp. 309-357, concluye la necesidad de conciliar una perspectiva de género “con la traslación acrítica de dichas demandas al ámbito técnico para conseguir su efectividad” (cfr. p. 350).

⁵³ V. RAMÍREZ ORTIZ, J. L. (2019). *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*. Editorial Tirant lo Blanch. Esta cuestión la analizaremos más extensamente en la Parte III de esta tesis doctoral.

⁵⁴ V. “En los últimos años, gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista, las violencias sexuales han obtenido una mayor visibilidad social y se ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos a que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación” (parte I del Preámbulo de la LOGILS)

⁵⁵ V. Art. 1.3 letra h LOGILS: “Las medidas de protección integral y de prevención estarán encaminadas a la consecución de los siguientes fines (...) h) Promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde el movimiento feminista y la sociedad civil actúan contra las violencias sexuales.”

⁵⁶ V. Art. 2 letra h LOGILS: “Participación. En el diseño, aplicación y evaluación de los servicios y las políticas públicas previstas en esta ley orgánica, se garantizará la participación de las víctimas de violencias sexuales y de las entidades, asociaciones y organizaciones del movimiento feminista y la sociedad civil, incluidas las organizaciones sindicales y empresariales, con especial atención a la participación de las mujeres desde una óptica interseccional.”

⁵⁷ V. Art. 7.1 LOGILS: “El sistema educativo español incluirá, dentro de sus principios de calidad, la integración de contenidos basados en la coeducación y en la pedagogía feminista sobre educación sexual e igualdad de género y educación afectivo-sexual para el alumnado, apropiados en función de la edad, en todos los niveles educativos y con las adaptaciones y apoyos necesarios para el alumnado con necesidades educativas específicas, respetando en todo caso las competencias en materia de educación de las comunidades autónomas y en colaboración con el ámbito sanitario.”

⁵⁸ V. Art. 9.1 letra e LOGILS: “Con el fin de prevenir las violencias sexuales, tanto en el ámbito público como en el privado, incluyendo el ámbito digital, las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, impulsarán las siguientes campañas: (...) e) Campañas de concienciación y sensibilización dirigidas a la sociedad que

significativo, en su preámbulo, cuando emplea el concepto o *nomen iuris* de “feminicidio sexual”⁵⁹, sin correspondencia con una figura típica del Código Penal *ad hoc*.

1.1.3. Los abusos sexuales a menores en el marco de la Iglesia Católica e instituciones religiosas como factor justificativo de reformas legislativas en materia penal. Especial referencia al Registro de Delincuentes Sexuales como evidencia de un Derecho Penal y administrativo del delincuente sexual como “enemigo”.

La realidad de los abusos sexuales en el ámbito de algunos miembros de la Iglesia Católica, y de ciertas instituciones religiosas ligadas a la misma, tanto en España como en otros países del mundo occidental⁶⁰, como factor coadyuvante al

resalten la importancia de la promoción de los grupos de mujeres, supervivientes o feministas como herramientas indispensables para la concienciación y cambio.”

⁵⁹ Sin negar la dimensión estructural de la violencia contra la mujer, que advierte acertadamente, a nuestro juicio, la autora BROX SÁENZ DE LA CALZADA, A. (2016). Algunas reflexiones en torno al reconocimiento del feminicidio en el Derecho Penal francés. *Sociología Jurídica*. <http://sociologiajuridica.unizar.es/sites/default/files/archivos/documenta/brox.pdf>, la doctrina mayoritaria se muestra crítica hacia la posibilidad de la tipificación expresa del feminicidio en España, v. MONGE FERNÁNDEZ, A. (2004). La violencia de género como delito habitual «impropio». En M. A. BOLDOVA PASAMAR y M. A. RUEDA MARTÍN (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (pp. 101-120). Arelis; RODRÍGUEZ PÉREZ DE AGREDA, G. y CABALLÉ MIRANDA, E. (2018). Criminalización específica o especial de la violencia de género (el feminicidio). ¿Solución o problema? *Revista de estudios del desarrollo social: Cuba y América Latina*, 6(3); LAURENZO COPELLO, P. (2019). Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 119-143. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24589p.18>; VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F. (2020). Sobre la tipificación del feminicidio en España. Algunas consideraciones críticas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 20, 207-247. <https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26449>. En una postura intermedia, favorable al actual tratamiento mediante la circunstancia agravante del art. 22.4º CP, pero crítica con la falta de proporcionalidad en la respuesta punitiva de los “feminicidios” –en un concepto sociológico jurídico que no positivo de en nuestro CP– y en consecuencia, favorable a la apreciación de la citada circunstancia objetivamente, con independencia de “los motivos del autor, sus sentimientos y emociones”, se postula ALONSO ÁLAMO, M. (2019). El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa. En A. MONGE FERNÁNDEZ (Dir.) y J. PARRILLA FERNÁNDEZ (Coord.), *Mujer y Derecho Penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Bosch.

⁶⁰ Un estudio transversal y completo se puede ver en BÖHM, B., ZOLLNER, H., FEGERT, J. M. y LIEBHARDT, H. (2014). Child Sexual Abuse in the Context of the Roman Catholic Church: A Review of Literature from 1981–2013. *Journal of Child Sexual Abuse*, 23(6), 635-656. <https://doi.org/10.1080/10538712.2014.929607>

sostenimiento de la necesidad de reforma de la materia, es un hecho objetivo, que admite, por supuesto, una pluralidad de reflexiones sobre su trascendencia y significación, que exceden a este trabajo⁶¹.

Un sector relevante de nuestra doctrina⁶² se ha constituido como una corriente de opinión crítica entorno a la impunidad de este fenómeno criminal en el seno de la Iglesia, que ha contribuido a la creación de una conciencia de necesidad de adaptación, que ha cristalizado en reformas posteriores de la norma sustantiva criminal común, particularmente en la materia de prescripción delictiva, en el art. 132 CP, operada por la LOPIVI⁶³, así como también en un

⁶¹ Profundamente tratado en obras y artículos monográficos como las de FRAWLEY-O'DEA, M. G. (2004). The History and Consequences of the Sexual-Abuse Crisis in the Catholic Church. *Studies in Gender and Sexuality*, 5(1), 11-30. <https://doi.org/10.1080/15240650509349238>; DALE, K. A. y ALPERT, J. L. (2007). Hiding Behind the Cloth: Child Sexual Abuse and the Catholic Church. *Journal of Child Sexual Abuse*, 16(3), 59-74. https://doi.org/10.1300/j070v16n03_04; TERRY, K. J. (2015). Child sexual abuse within the Catholic Church: a review of global perspectives. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 39(2), 139-154. <https://doi.org/10.1080/01924036.2015.1012703>, entre otras.

⁶² V. RUBIO LARA, P. A. (2005). Tratamiento jurídico-penal de la abstención de intervenir para evitar o denunciar determinados delitos. *Cuadernos de Política Criminal*, III(87), pp. 133-168; VARONA MARTÍNEZ, G. (2015). Estudio exploratorio sobre los abusos sexuales en la Iglesia española y otros contextos institucionales: marco teórico y metodológico de una investigación victimológica abierta. *Eguzkilore*, 29. <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/24346/01%20Gema.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; TAMARIT, J. M., AIZPITARTE, A. y ARANTEGUI, L. (2021). Child sexual abuse in religious institutions: A comparative study based on sentences in Spain. *European Journal of Criminology*. <https://doi.org/10.1177/1477370820988830>; TAMARIT, J. M. y BALCELLS, M. (2022). Between Sanctity and Real Life: Child Sexual Abuse in the Catholic Church in Spain. *Sexual Abuse*, 34(7), 806-829. <https://doi.org/10.1177/10790632221078292>;

⁶³ Señala el Preámbulo de la Ley Orgánica, también llamada por la prensa como “Ley Rhodes”, recibiendo el nombre de un pianista que sufrió abusos en su infancia, refiere que “Se extiende el tiempo de prescripción de los delitos más graves cometidos contra las personas menores de edad, modificando el día de comienzo de cómputo del plazo: el plazo de prescripción se contará a partir de que la víctima haya cumplido los treinta y cinco años de edad. Con ello se evita la existencia de espacios de impunidad en delitos que estadísticamente se han probado de lenta asimilación en las víctimas en el plano psicológico y, muchas veces, de tardía detección”. A favor de esta ampliación, se han pronunciado voces como la de TAMARIT SUMALLA, J.M. Abusos sexuales en instituciones religiosas: tratamiento jurídico-penal y restaurativo. (2021). En J. M. Tamarit Sumalla, *Abusos sexuales en la Iglesia Católica: análisis del problema y de la respuesta jurídica e institucional* (1.ª ed.). Aranzadi. No obstante, existen voces que han propuesto, con anterioridad a la medida adoptada por la LOPIVI, otras soluciones alternativas, como la posibilidad que se apunta por GÓMEZ MARTÍN, V. (2017). La prescripción de los delitos con menores de edad: Análisis del problema y propuesta de ley ferenda. En *Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada*. Generalitat de Catalunya. Recuperado 12 de septiembre de 2022, de <https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/catalog/crono/2017/prescipcioDelitosMenores.pdf>, que propuso en su momento discernir el acto de abuso o agresión sexual frente a las lesiones en el plano

endurecimiento de ciertas consecuencias jurídicas de los delitos sexuales, como es la pena del art. 192.3 CP de inhabilitación especial para realizar trabajos o actividades, retribuidas o no, con menores, como pena acumulativa a la de prisión⁶⁴, operada por la misma ley orgánica antedicha.

Junto con lo anterior, también se ha experimentado una creciente preponderancia de instrumentos cuya naturaleza no es penal, pero sí con trascendencia en nuestro ámbito, como es el Registro de Delincuentes Sexuales, al que dedicamos algunas reflexiones en el contexto valorativo del Derecho Penal sexual actual, en un epígrafe de esta tesis (cfr. 1.2.4 de la parte primera).

Ciertamente, la propia Iglesia Católica ha valorado la entidad del problema como una cuestión que excede del caso puntual. Fruto de lo anterior, nacen iniciativas en el seno de la Conferencia Episcopal Española, como la creación de “oficinas para la protección de menores y presentación de denuncias por abusos

psíquico, de manera que “*el dies a quo se desplazaría del atentado contra la libertad sexual al momento de consumación del delito de lesiones*” (p. 22), estableciéndose a partir de esa diferenciación la posibilidad de poder efectuar una sanción de la lesión psíquica ocasionada, con independencia del momento de efectiva lesión de la libertad sexual.

⁶⁴ Nos referimos a la modificación operada por la LOPIVI el art. 192.3 CP, cuando eleva las horquillas de la pena de inhabilitación especial (entre 5 y 20 años superior a la pena privativa de libertad impuesta, si el delito cometido es grave; de entre 2 a 20 años superior a la pena privativa de libertad impuesta, si es menos grave) para “profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad”, en un incremento diametral frente a los marcos precedentes, y donde además, apreciamos una patente deficiencia en el ámbito del principio de proporcionalidad de las penas, en tanto existe una yuxtaposición entre el ámbito temporal de la pena de inhabilitación necesariamente cumulativa a la privativa de libertad por un delito grave, frente a uno menos grave. Sobre estas inhabilitaciones especiales y sus elementos, v. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2022). Penas privativas de derechos. En L. GRACIA MARTÍN, M. A. BOLDOVA PASAMAR y C. ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito* (6ª Ed., pp. 67-96). Tirant lo Blanch, pp. 70-79; MAGRO SERVET, V. (2019). Aplicación de la condena de inhabilitación especial para realizar trabajos con menores por delitos sexuales con víctimas mayores de edad a raíz de la reforma del art. 192.3 CP por LO 8/2021 de 4 de junio. *Diario La Ley*, 10009. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/02/14/aplicacion-de-la-condena-de-inhabilitacion-especial-para-realizar-trabajos-con-menores-por-delitos-sexuales-con-victimasmayores-de-edad-a-raiz-de-la-reforma-del-art-1923-cp-por-lo-8-2021-de-4-de-junio>.

cometidos”⁶⁵, así como la encomienda de una auditoría independiente en febrero de 2022 a un gabinete jurídico de ámbito nacional, cuyos términos son públicos, para la verificación de los “informes e investigaciones realizados sobre los casos de abusos a menores cometidos por algunos miembros de la Iglesia”⁶⁶.

En todo caso, el movimiento de crítica y censura a la propia institución, a partir de los casos de abuso sexual, excede por supuesto el ámbito español. Así, han sido renombrados los casos del ex cardenal de Washington D.C, Theodore Edgar Mc Carrick, despojado no solo de la púrpura, sino del estado sacerdotal en 2019 por el actual líder de la iglesia católica, el Papa Francisco (nombre canónico del cardenal argentino Jorge Mario Bergoglio). Actualmente, con 91 años de edad, se sigue proceso frente al mismo en varias causas, ante la corte del Distrito de Dedham, Massachusetts (EE.UU), por unos abusos acaecidos hace 45 años en el marco de una celebración de bodas⁶⁷.

Igualmente, aunque con final diferente, ha sucedido en el caso del cardenal católico australiano George Pell, quien fue condenado a 5 años de prisión por abusos sexuales de dos menores en la década de los 90, si bien ha sido declarado absuelto posteriormente, enfrentándose actualmente la diócesis y la conferencia episcopal del país a una demanda civil multimillonaria⁶⁸.

⁶⁵ V. CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. (2022, 10 julio). *La Iglesia y la protección de menores*. Recuperado 13 de septiembre de 2022, de <https://www.conferenciaepiscopal.es/interesa/la-iglesia-y-la-proteccion-de-menores/>

⁶⁶ En Conferencia Episcopal Española. (2022, 22 febrero). Recuperado 13 de septiembre de 2022, de <https://www.conferenciaepiscopal.es/wp-content/uploads/2022/03/Encargo-CEE-a-Cremades-Calvo-Sotelo.pdf>

⁶⁷ V. McCarrick case drags on a year after his arraignment in Massachusetts. (2022, 9 septiembre). *Crux*. Recuperado 17 de octubre de 2022, de <https://cruxnow.com/church-in-the-usa/2022/09/mccarrick-case-drags-on-a-year-after-his-arraignment-in-massachusetts>

⁶⁸ Sobre este caso, ofrece interesantes reflexiones Murnane, P. (2022). *Clerical Errors: How Clericalism Betrays the Gospel and How to Heal the Church*. Macmillan Publishers.

En el ámbito anglosajón, medios informativos de prestigio (el periódico Boston Globe⁶⁹, paradigmáticamente con su unidad de investigación “Spotlight”⁷⁰) han publicado listas de abusadores y agresores sexuales en el ámbito de la Iglesia, así como la diócesis a la que pertenecían; y en España, existe una base de datos elaborada por el periódico El País⁷¹, actualizada a la fecha.

1.1.4. La supuesta “impunidad” como un argumento justificativo adicional de la reforma del Código Penal de 2022 en los delitos sexuales

Una de las justificaciones ofrecidas por parte del órgano promotor de la iniciativa legislativa que ha cristalizado en la LOGILS –esto es, la iniciativa parte del Ministerio de Igualdad–, es precisamente la constante apelación en los debates parlamentarios, por parte de su titular, a la existencia de un marco de presunta impunidad en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, que esta norma vendría a colmar o paliar⁷².

⁶⁹ V. Boston Globe / Spotlight / Abuse in the Catholic Church. (s. f.). Recuperado 17 de octubre de 2022, de <https://archive.boston.com/globe/spotlight/abuse/documents/>

⁷⁰ Que dio lugar a una película en esta materia, *Spotlight* (2015), dirigida por Thomas McCarthy y premiada con un Óscar a la mejor película en el mismo año.

⁷¹ *Todos los casos conocidos de pederastia en la Iglesia Española*. (s. f.). EL PAÍS. Recuperado 17 de octubre de 2022, de <https://elpais.com/especiales/pederastia-en-la-iglesia-espanola/>

⁷² Sin ánimo de exhaustividad en este sentido, basta remitirse al debate de totalidad de la Ley Orgánica, que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados el 14 de octubre de 2021, en pleno de la Cámara Baja (Congreso de los Diputados. (2021, 14 octubre). *Diario de Sesiones- XIV Legislatura*, , n° 38. Web del Congreso de los Diputados. Recuperado 24 de abril de 2020, de https://app.congreso.es/est_sesiones/, p. 79 y ss., en las que el discurso en defensa del Proyecto, por la Sra. Ministra que presenta el mismo, tiene como hilo conductor tal concepto, cuando refiere que el objeto de “esta ley es, por tanto, un cambio cultural de los derechos de las víctimas y el fin de la impunidad”, “el fin de la impunidad de las violencias sexuales, especialmente en determinados ámbitos, como el de la industria de la explotación sexual”, “representa un avance histórico en el plano material, ya que viene a llenar vacíos importantísimos en el camino de las víctimas y a poner en marcha instrumentos normativos para combatir la impunidad de estas violencias”.

La promoción de esta reforma del Código Penal viene a satisfacer, a nuestro juicio, una suerte de necesidad irreal, puesto que no es admisible la existencia, previamente a la norma de 2022, de ámbitos de impunidad en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. La LOGILS no crea, en este ámbito, nuevas figuras delictivas que no existieran previamente, sino reconfigura las existentes, dotándoles de un contenido diverso.

Por otra parte, a esta conciencia de “impunidad” previa como elemento justificativo de la reforma, también han contribuido algunos estudios cuyos postulados no nos resultan convincentes. BALLESTEROS DONCEL Y BLANCO MORENO (2021)⁷³ efectúan un estudio casuístico sobre la delincuencia sexual, que resulta interesante en cuanto al análisis empírico. Ahora bien, no podemos compartir la premisa de la que parten las autoras, cuando equiparan la “impunidad” a la obtención de una sentencia absolutoria o a una pena inferior a la solicitada por la acusación. Se trata de una interpretación del concepto de impunidad, así expresada en el propio estudio, con la que no estamos de acuerdo, puesto que se está partiendo de un presupuesto anterior, por el que el proceso penal es un cauce para la obtención de una condena frente al teórico victimario (y no el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, que es el titular de la potestad de castigar). Parece colegirse, por ende, que todo aquello que resulte insatisfactorio frente a la petición abstracta de pena interesada por la acusación (lo que denominan “la expectativa de justicia formulada por las acusaciones”), sea un caso de “impunidad”.

⁷³ V. BALLESTEROS DONCEL y E. BLANCO MORENO. F. (2021). Impunidad ante las violencias sexuales. Análisis sociológico desde un estudio de caso. En PASTOR, I. Y CRISTOFFANINI, M. T. (Coords.), *La violencia contra las mujeres desde las ciencias sociales*. Tecnos.

La presente Ley Orgánica 10/2022, abreviadamente LOGILS, no ha venido a resolver un problema de “impunidad” en el ámbito de la delincuencia sexual. Trae consigo una nueva sistemática y un tratamiento diverso –no cualitativamente mejor– de la delincuencia sexual contra mayores de 16 años, afectando indirectamente a los menores de 16 años, en cuanto a la eliminación de la diferenciación entre los conceptos de abuso y agresión sexual, que constituía la clave de bóveda de la regulación precedente y que extendía sus efectos no solo a los adultos sino también a los menores de 16 años.

Ahora bien, a nuestro juicio quizá más que una impunidad real, se ha sostenido en el discurso político y social, a partir del caso de “La Manada” de Pamplona, y de la cuestionada SAP Navarra 138/2018, una aparente laxitud en el abordaje punitivo de los delitos sexuales, ofreciéndose a la opinión pública lega en Derecho Penal mensajes de carácter fuertemente alarmista.

La extraordinaria exposición mediática del caso, en concreto, del voto particular del fallo, actuó como catalizador de la opinión pública en un debate que trajo consigo el movimiento de reforma del Código Penal, especialmente interesado, no en cubrir una laguna tanto penal, como esencialmente léxica o terminológica, en cuanto que un foco de reivindicación importante radicaba en la aparente liviandad del concepto “abuso”, frente a la gravedad o contundencia del concepto de “violación”. Respecto a esta cuestión, la ley orgánica ha tomado clara postura para implementar tal cuestión, dando al traste con la diferenciación típica que venía acuñándose entre abuso y agresión sexual. Se han agrupado

mediante un *nomen iuris* únicos hechos de una trascendencia antijurídica netamente diversa.

Diferente fortuna ha corrido la lucha por positivizar en la norma sustantiva la idea del eslogan del “solo sí es sí”, esto es, la formula de un consentimiento expreso, que se ha visto atemperado hacia un punto gris, como es la “claridad” en la formulación del consentimiento, un concepto ambiguo y que nada mejora, a nuestro juicio, frente a la legislación que viene a sustituir⁷⁴.

1.1.5. La disociación de la realidad sociológica sobre la edad de consentimiento en pos de la creación de nuevos ámbitos de riesgo para la indemnidad sexual.

En la materia que nos ocupa, el desarrollo de la sexualidad por parte de los menores presenta una potencial disociación entre la realidad sociológica y la norma penal: mientras que la edad de inicio en la esfera de las conductas sexuales interactivas es inferior en promedio a los 16 años⁷⁵, no se considera válido el

⁷⁴ Cuando señala DE LA MATA BARRANCO, N. J. (2022, 14 octubre). *Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (II)*. Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/aspectos-penales-de-la-nueva-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual-ii> que “no es que sea imprescindible renunciar al “sólo sí significa sí”, pero debe aceptarse que este ‘sí’ se puede manifestar de muchas formas”, entendemos que se abdica del axioma del consentimiento expreso (“solo sí significa sí”) y con él, del sentido inspirador de la reforma. En tanto que ese “sí” a la relación o interacción sexual pueda manifestarse de muy diversas maneras –expresa o tácitamente– como El Gatopardo de Lampedusa “todo cambia para no cambiar nada” respecto del modelo anterior a la LOGILS. Lo anterior en tanto que, antes de su entrada en vigor, nuestro CP exigía el consentimiento para que una interacción sexual fuera lícita; o dicho de otro modo, toda acción sexual in consentida por un tercero era penalmente censurable para el autor de la misma.

⁷⁵ Sirvan los estudios más recientes con población entre 13 a 18 años de ALFARO GONZÁLEZ, M., VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. E., FIERRO URTURI, A., MUÑOZ MORENO, M. F., RODRÍGUEZ MOLINERO, L. y GONZÁLEZ HERNANDO, C. (2015, septiembre). Hábitos sexuales en los adolescentes de 13 a 18 años. *Pediatría Atención Primaria*, 17 (67), 217-225. <https://doi.org/10.4321/s1139-76322015000400003>. En el marco de los 15 años, como edad media en el debut de las relaciones coitales en CASTRO, A., BERMÚDEZ, M. P., BUELA-CASAL, G. y MADRID, J. (2011). Variables psicosociales que median en el debut sexual de adolescentes en España. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 43(1). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-05342011000100007. En un estudio comparado en Europa, CALATRAVA, M., LÓPEZ-DEL BURGO, C. y DE IRLA, J. (2012, mayo). Factores

consentimiento hasta la citada edad, a excepción de la cláusula del art. 183 bis CP.

La elevación de la edad de consentimiento a 16 años y la valoración del riesgo como criterio preponderante de actuación penal, trae consigo una tendencia contrastada hacia la intervención maximalista⁷⁶ de esta rama del ordenamiento, de forma contraria a sus principios más esenciales, como el de intervención mínima. Esta deriva se sitúa especialmente desde 2015, con la elevación de la edad de consentimiento a 16 años, en una intervención que tiene una finalidad clara, compartimos plenamente con el planteamiento GONZÁLEZ AGUDELO (2021, p. 38)⁷⁷, de modulación social, siendo una ideología subyacente “significativa y definitoria” de esta materia la restricción de la capacidad de decisión del joven, en el ámbito de su autonomía personal o reproductiva,

de riesgo relacionados con la salud sexual en los jóvenes europeos. *Medicina Clínica*, 138(12), 534-540. <https://doi.org/10.1016/j.medcli.2011.07.020>, coligen una tendencia hacia una precocidad sexual. Nótese, por otra parte, que los estudios se centran esencialmente en relaciones sexuales orales y coitales. Tales manifestaciones de la sexualidad interactiva, sin embargo, son el culmen, en una escala progresiva de intensidad lúbrica, que encuentra sin embargo estadios de intercambio menos intensos (besos, caricias, masturbación interactiva o *petting*), como señalan en el desarrollo de la personalidad sexual estudios referenciales como el de SMITH, E. A., UDRY, J. R. y MORRIS, N. M. (1985, septiembre). Pubertal Development and Friends: A Biosocial Explanation of Adolescent Sexual Behavior. *Journal of Health and Social Behavior*, 26(3), 183. <https://doi.org/10.2307/2136751> y en España, en las guías de Educación Sexual en el ámbito sanitario, como OBSERVATORIO DE SALUD DE LA MUJER. (s. f.). La educación y la promoción de la salud sexual. En *Ministerio de Sanidad*. https://www.sanidad.gob.es/gl/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/IVES_Juventud_Monografico_Profesionales_Educadores_Sanitarios.pdf. Cualesquiera de las meritadas conductas “preliminares”, desde el plano del art. 181 CP vigentes, son conductas de naturaleza sexual, que si son desarrolladas con un menor de 16 años, se subsumen en el tipo referido, abstractamente. En lo referente, por otra parte, a conductas sexuales cibernéticas, cabe destacar las aportaciones de DAVIDSON, J. (2015). *Sexting: Gender and Teens*. SensePublishers; TEMPLE, J. R., PAUL, J. A., VAN DEN BERG, P., LE, V. D., MCELHANY, A. y TEMPLE, B. W. (2012, 1 septiembre). Teen Sexting and Its Association With Sexual Behaviors. *Archives of Pediatrics y Adolescent Medicine*, 166(9). <https://doi.org/10.1001/archpediatrics.2012.835>

⁷⁶ Muy acertadamente a nuestro juicio, RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2016). *Política Criminal, Cultura y Abuso Sexual de Menores*. Tirant lo Blanch, p.106, advierte de una tendencia de nuestros ordenamientos penales “que no tiene que ver con la defensa de los bienes jurídicos de los menores sino, antes al contrario, con dinámicas de control y sumisión”.

⁷⁷V. GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La Sexualidad de los Jóvenes: Criminalización y Consentimiento*. Tirant lo Blanch.

presentándose a todos los menores de 16 años, muchos de ellos jóvenes “maduros” (a los efectos, posteriormente, de la aplicación de la cláusula) como sujetos potencial y presumiblemente vulnerables.

En relación a los menores de 13 años, antes de la reforma operada en 2015 en el CP, la vulnerabilidad era un factor a nuestro juicio más fácilmente apreciable y presumible *in genere*, esencialmente porque el lapso de tiempo entre los 13 y 16 años marca un cambio cualitativo sustancial en el desarrollo y formación de la personalidad sexual, de forma que en la edades inferiores a 13 años es presumible una falta de desarrollo de la madurez y personalidad sexual que justifique la tutela penal⁷⁸ frente a los actos que puedan atentar contra el libre desarrollo de tal personalidad (lo que no excluiría, a nuestro juicio, la conveniencia de una cláusula semejante a la actual del art. 183 bis CP, para los casos limítrofes, en atención a la ponderación en el ámbito de la LORPM). Una decisión como la elevación de la edad de consentimiento sexual en un lapso de 3 años, insistimos, supone un verdadero cambio radical del sistema de intervención penal, en el que se expande la protección de la indemnidad sexual hasta unos límites que chocan con una ingresión de los jóvenes en las actividades sexuales interactivas, de menor a mayor intensidad, de manera voluntaria y coherente a su etapa de desarrollo de la personalidad sexual. Tan clara es la idea de que una relación sexual, per se, no es intrínsecamente perjudicial para el desarrollo de la personalidad sexual del joven próximo a los 16 años de edad, que se ve la necesidad de corregir el exceso a través del art. 183 bis CP⁷⁹, como tendremos ocasión de explorar en sucesivos momentos de este estudio.

⁷⁸ En el sentido de la vulnerabilidad del menor de 13 años, ya se pronunciaban en su momento

⁷⁹ Con carácter previo a la existencia de la cláusula, ya se pronunciaban diversos autores sobre la concepción de la inocuidad o falta de lesividad de ciertas conductas sexuales entre menores, que respondían al desarrollo

Lo que podemos afirmar es que el incremento de edad de 13 a 16 años no atiende a una justificación sociológica ni antropológico-comportamental⁸⁰. Es decir, no se ha evidenciado, para justificar tal cambio normativo, ni que los contactos sexuales entre menores se hayan dilatado temporalmente en su inicio –justo al revés, la precocidad es una de las claves de la generación de los nativos en entornos digitales, por la ruptura de tabúes en materia sexual y por una elevada facilidad al acceso a contenidos de carácter sexual expreso, particularmente la pornografía–, ni tampoco se ha justificado que exista una lesión significativa del desarrollo de la personalidad sexual (que es la esencia, en su libre formación, del concepto de indemnidad sexual) derivada de una mayor edad para el inicio de la práctica sexual. Si así fuera, la cláusula que analizamos no tendría sentido.

Existe, por el contrario, una opinión mayoritariamente desfavorable a las relaciones entre menores y sujetos con diferencias notorias de edad, advirtiéndose un riesgo para el desarrollo de la esfera de su personalidad sexual, que justifica la protección dispensada por el Código⁸¹.

de su personalidad sexual, favoreciendo una interpretación restrictiva del art. 183 CP en su versión previa a 2015, como MONGE FERNÁNDEZ, A. (2011). *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años: Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*. Bosch; CUGAT MAURI, M. (2010). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 192, Disposición Final Segunda). En F. J. ÁLVAREZ GARCÍA y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Coords.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (pp. 225-248). Tirant lo Blanch, epígrafe 26, también la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, como analiza y extrapola respecto de su contenido RAMÓN RIBAS, E. (2013). *Minoría de Edad, Sexo y Derecho Penal*. Aranzadi, p. 35.

⁸⁰ De sumo interés las correlaciones entre estos conceptos y el Derecho Penal, por parte de RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2012). Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época (8), 195-227

⁸¹ V. precisamente la distinción que efectúa RAMÓN RIBAS, E. (2013). *Minoría de Edad, Sexo y Derecho Penal*. Aranzadi, p. 33, entre la intangibilidad sexual del menor, que implicaría etimológicamente que *no puede*

Ahora bien, sosteniendo la vigencia de la indemnidad sexual, como bien jurídico –antes expreso, ahora inmanente en la regulación de la materia en el Tít. VIII del Libro II CP– no podemos sino criticar –como se expondrá también en ulteriores reflexiones– la decisión de elevar esta edad de consentimiento, por la conducción a la investigación y valoración penal de situaciones propias del desarrollo de la sexualidad juvenil que están lejos, ya no solo de ser lesivas para bienes tutelables por el Derecho, sino que al contrario, forman parte del necesario acervo empírico de la persona en este ámbito, es decir, en el tránsito formativo de la niñez a un estadio superior de madurez⁸².

Aun cuando, en efecto, la cláusula viene a establecerse como un criterio atemperador del rigor punitivo, no podemos tampoco obviar que los postulados valorativos de la misma encuentran su ámbito de desarrollo en el marco del proceso penal (generalmente, de adultos, en el sumario o en las diligencias previas del procedimiento abreviado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

tocarse, frente a la indemnidad, donde se pretende preservar del “daño o perjuicio sexual”, lo que lleva al autor a plantear en aquel momento, de forma previa a la existencia de la actual cláusula de 183 bis CP, la disociación de la acción sexual con un menor (entonces de 13 años) del concepto automático de presunción *iuris et de iure* de lesividad sexual para el mismo, al menos como una de las posibles hipótesis exegéticas. A la postre, nuestra cláusula vigente legitima esa interpretación, en la medida de la posibilidad de no considerar lesivas (y, por ende, válido el consentimiento como causa de atipicidad) en los supuestos de proximidad cronológica y madurativa.

⁸² Debemos reseñar las interesantes aportaciones a este concreto efecto de RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2016). *Política Criminal, Cultura y Abuso Sexual de Menores*. Tirant lo Blanch, pp. 106-107, cuando critica la elevación desmedida de la edad de consentimiento, como un hito negativo en el recorte de libertades de los menores inédito y sustentado en un “papanatismo europeizante”, [expresión que adopta de SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2014). *Abusos sexuales a menores: 182, 183 y 183 bis CP*. En J. L. González Cussac (Dir.), A. Matallín Evangelio y E. Gorrioz Royo (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (2ª Ed.). Tirant lo Blanch, p. 603], que toma como pretexto el cumplimiento por España de compromisos europeos para una trasposición acrítica de preceptos que, a juicio del autor –que compartimos– tienen un carácter reaccionario, para nosotros –añadimos– regresivo.

La exención de responsabilidad criminal derivada de la cláusula no es ni automática, ni inocua, sino que por los propios medios del Derecho Penal y por la naturaleza de los delitos que nos ocupan –y de sus relevantes consecuencias jurídicas⁸³ en caso de que no se aprecie la concurrencia de los factores determinados en la propia norma de atipicidad–, la valoración de los elementos de la cláusula se despliega en el marco de investigación penal, en el que el sujeto pasivo-procesal (correlativamente, potencial sujeto activo del delito) se ve sometido, mediante la amenaza abstracta de una pena grave o menos grave, nunca leve, a un consiguiente proceso.

En los análisis dogmáticos, como es lógico, tendemos al estudio técnico de los aspectos formales y materiales de la cláusula. No obstante, podemos perder de vista, cómo el resultado valorativo que lleva a la apreciación de la concurrencia de los factores necesarios para la aplicación de la cláusula en la práctica judicial suele –salvo muy contadas excepciones– ser consecuencia de un *via crucis procesal* mas o menos prolongado (como mínimo, si concluye la apreciación en instrucción, de algunos meses; incluso años, si el asunto se dirime en fase de enjuiciamiento). Lo anterior conduce a una situación de pendencia procesal en la condición de investigado (ulteriormente, si se llega a juicio, de acusado), que puede acabar estigmatizando a los sujetos implicados incluso en los casos de plena absolución⁸⁴.

⁸³ Cfr. epígrafe 1.1.4 de esta parte, y lo ya analizado respecto del art. 192.3 CP.

⁸⁴ En otro orden, tampoco abundan los estudios sobre los supuestos de la proliferación de sentencias de conformidad en el ámbito penal, que en la materia que nos atañe en casos menos graves suelen abundar, y donde la respuesta inicial pretendida por el legislador, la simplificación del proceso y de la imposición de condena al culpable, se torna en una realidad más compleja cuando entra en juego aspectos como el temor del acusado a la imposición de una pena más elevada en caso de litigar que aquella que se le “ofrece”, en los que también incide la promoción extraordinaria en algunos juzgados y tribunales por esta clase de solución (en ocasiones, en nuestra experiencia, con auténtica persuasión para el/los acusado/s incluso por operadores formalmente imparciales, como el fiscal; o independientes, como los jueces o magistrados). Muy ilustrativos

No apreciamos en la literatura científica un especial interés hacia el daño psíquico y los posibles perjuicios morales del inocente que transita por el proceso penal como investigado y/o acusado. Frente a ello, aparece un cuerpo doctrinal nutrido y con autonomía conceptual, como es la victimología, que sí atiende a la proyección del delito en la víctima, desde una mirada transversal y con una profundidad que ha dado lugar a su emancipación de su origen –la Criminología–, o al menos, a su singularización dentro de este campo esencialmente, por las conexiones con otras materias.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene advertir cómo se ha reflexionado, desde la óptica procesal penal sobre los juicios mediáticos y su correlación con la presunción de inocencia. Precisamente, en una sociedad digital y con una “casi eterna” memoria virtual –salvada sean las excepciones del ejercicio del llamado “derecho al olvido”, que el TJUE define en su S. 13 de mayo de 2004, en decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional de España, como el tratamiento de datos que realizan los motores de búsqueda está sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea y que las personas tienen derecho a solicitar, bajo ciertas condiciones, que los enlaces a sus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda en internet realizada por su nombre– la estigmatización social del investigado o acusado por un delito contra la libertad e indemnidad sexuales, aun cuando posteriormente sea absuelto, puede ser un factor que lastre gravemente su equilibrio mental y afectivo. Máxime, lo precedente, en los casos en que la aplicación de la cláusula tiene lugar, porque

a este efecto son LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (2018). ¿Por qué se conforman los inocentes? *InDret*, 3. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/252111>.

ello implica que el sujeto a quien se somete al periplo valorativo también es un joven próximo en edad y grado de desarrollo y madurez física y psíquica respecto del supuesto sujeto pasivo del delito, lo que lleva a que pueda afectarse a su propio desarrollo de la personalidad sexual⁸⁵.

Los estudios desde la óptica sustantiva tampoco suelen atender a la posibilidad, nada hipotética ni tan infrecuente en la práctica, de que el sujeto haya podido sufrir un tiempo de privación de libertad –prisión de forma provisional– al inicio de la causa, atendiendo a los marcos abstractos de pena, que permiten la adopción de la medida ex art. 503 LECrim. La medida de privación cautelar de libertad en un centro de reforma también es aplicable en el ámbito de la justicia de menores.

En muchas ocasiones, la adopción de las privaciones cautelares de libertad son fruto también de la excesiva tendencia hacia la comprensión de este instituto cautelar como una anticipación de la pena⁸⁶, deturpándose su verdadera naturaleza, especialmente en delitos contra la indemnidad sexual de los menores, donde el manido criterio de la “alarma social”⁸⁷, que nunca debería ser factor

⁸⁵ Nótese como la potencial aplicación de la cláusula desde los 14 años respecto del sujeto activo potencial del delito (edad mínima de responsabilidad ex art. 1 LORPM), lleva a que estos efectos nocivos quepan desplegarse sobre menores a los que, se les reconoce *ministerio legis*, su propia ausencia de capacidad de consentimiento sexual válido. Así pues, en un caso hipotético de una aplicación a un menor de 14 años de edad de la cláusula en el marco de un expediente de reforma penal, por una relación con otra persona de 13 años, por ejemplo, uno y otro son titulares de la indemnidad sexual, pero al sujeto de 14 se le puede someter a un procedimiento de investigación de responsabilidad penal de menores, que aun cuando concluya de manera satisfactoria, con la aplicación de la cláusula, entendemos que no es inocuo en absoluto para el menor.

⁸⁶ V. GARCÍA VALDÉS, C. (1982). *Estudios de derecho penitenciario*. Tecnos, p. 75 y ss. y especialmente relevante la STC 41/1982, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:1982:41), F.J. 3º.

⁸⁷ Originariamente considerado en la LECrim, en su redacción de 1882, y sostenido como criterio hasta la Ley Orgánica 13/2003, como se analiza secuencialmente en su estudio por HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. (2011). Prisión provisional y garantías. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 16-17, 39-82. https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/12228/1/0233586_00016_0003.pdf. También sirvan las

decisivo para la aplicación de esta clase de medida es, sin embargo, un elemento que puede actuar como un sesgo cognitivo, tanto del órgano instructor como de la acusación pública –especialmente, por la presión mediática que actualmente un caso de esta índole puede despertar, dada además a la inmediatez con la que la información se viraliza–. Junto a lo anterior, respecto de la prisión provisional se han concluido severos riesgos y críticas⁸⁸, que deben ponderarse con carácter previo a su adopción, al efecto de valorar y justificar una limitación de derechos fundamentales de la magnitud que supone una privación de libertad cautelar.

A la par, el hecho de que en nuestro sistema, esta medida pueda ser acordada contra el criterio del Ministerio Fiscal, bastando con su sostenimiento por una acusación particular, eleva el riesgo de su indebida aplicación inicial.

reflexiones efectuadas respecto del Proyecto de Ley Orgánica, que cristalizó en la referida norma de 2003, por FARALDO CABANA, P. (2003). El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. *Actualidad Penal*, 2, 635-652. La alarma social dejó, acertadamente a nuestro juicio, de ser un criterio formalmente reflejado en la norma adjetiva para la ponderación de la adecuación de la medida cautelar de prisión provisional. No obstante, en la actualidad a nuestro juicio, no se ha abandonado completamente esa idea, si bien pocas veces se patentiza de manera expresa en las resoluciones –por la falta de anclaje del concepto, lo que no impide que algunos órganos sigan mencionándolo en la exégesis del precepto–; lo que no impide que sea un factor inmanente en no pocos autos de prisión provisional, especialmente a través de una novación del concepto, ligada a la expansión de las redes y de las TIC, como es el impacto mediático del presunto hecho criminal.

⁸⁸ Como señala LANDROVE DÍAZ, G. (1984). Prisión preventiva y penas privativas de libertad. *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, 282-305. <http://hdl.handle.net/10347/4311>, p. 286, son las de ausencia de finalidad resocializadora; grave riesgo de contagio criminal; incremento de la población reclusa, con los problemas económicos y de seguridad que ello conlleva; y la estigmatización del individuo, incluso posteriormente absuelto. Compartimos que la medida de prisión provisional viene aparejada, al menos en el imaginario colectivo, de una “presunción” social de culpabilidad del sujeto frente al que se aplica, o al menos, de consistencia en la acusación suficiente para enervar la presunción de inocencia. Tal anticipación, en muchas ocasiones, lleva al “prejuicio” social en sentido literal, en el que el resultado final del proceso pasa a ser un elemento insustancial. De hecho, como hemos criticado en la n. 70, si impunidad equivale a frustración de las expectativas punitivas de la acusación, entonces el sujeto absuelto o cuyo caso se sobresee tras la prisión provisional siempre sería un sujeto, para las autoras referidas, “culpable” al que no se ha podido dar la respuesta jurídica adecuada a las pretensiones acusatorias, lo que se deforma el concepto de impunidad.

En suma, la estigmatización del sujeto al que se le aplica, tras la instrucción o el enjuiciamiento la cláusula –también joven, próximo en edad y grado de desarrollo o madurez física y psíquica respecto de la víctima– le hace, sin duda, potencial damnificado de una experiencia traumática, de lesivos efectos en su esfera psíquica, particularmente, en la faceta relacional-afectiva.

Se podrá argumentar que es algo inherente al proceso penal una suerte de “pena de banquillo” (o mal menor⁸⁹) que arrastran consigo todos los acusados absueltos. Ciertamente, sin negar esta realidad, la particular esfera en la que se desenvuelve estos delitos, la sensibilidad del tema y la afección a la intimidad inherente a las pesquisas, hacen que no se pueda equiparar la aflicción y potencial lesividad de la sumisión a esta clase de asuntos, frente a otros de diversa naturaleza.

No es equivalente para la víctima, pero tampoco lo es para el acusado, máxime cuando no resulta responsable penalmente de un delito tan grave como los abusos sexuales a menor de 16 años (anterior art. 183 CP, antes de la reforma de 2022), actualmente y en todo caso, agresiones sexuales a menor de 16 años (conforme al nuevo art. 181 CP, a partir de la LOGILS).

1.2. El Derecho Penal sexual español del s. XXI: un nuevo entorno relacional.

⁸⁹ Conforme a la idea de BELING, E. (2018). *Derecho procesal penal*. Olejnik, p. 22, cuando afirma que “ya el proceso es en sí un mal considerable”. También así CARNELUTTI, F. (1961). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Ed. Sentis, pp. 139-144, al advertir que el “castigo” comienza con el propio proceso penal, con la instrucción y en su caso el enjuiciamiento, pudiéndose colegir un carácter intrínsecamente aflictivo en los procesos de este orden jurisdiccional.

En el anterior epígrafe (epígrafe 1.1) las circunstancias de reforma del nuevo Derecho Penal sexual. Conviene reflexionar, vistos los factores precursores del cambio, el afrontamiento de la realidad de un nuevo entorno relacional humano, que ha dado lugar, en sus diferentes manifestaciones, a una evolución del tratamiento de la materia. Ello no significa que se efectúe en este momento una valoración cerrada y completa sobre las modificaciones efectuadas, aspecto que se tratará en la fase conclusiva de la tesis, con todas las cautelas que debe traer consigo emitir un juicio crítico sobre un texto que aun no ha entrado en contacto con la realidad social que pretende regular, y que, por tanto, solo podemos predecir teóricamente algunos retos interpretativos y aparentes deficiencias que el paso del tiempo permitirá ponderar. Si hasta ahora nos hemos referido a aspectos de carácter jurídico-político y contextual de las reformas legales recientes que afectan a la materia, vamos a abordar seguidamente los cambios sociales que sirven como contexto para tal evolución.

1.2.1. La proliferación de las redes sociales: el entorno digital como realidad cotidiana.

El entorno relacional viene enmarcado, inicialmente, por la proliferación de los medios de comunicación social, fruto de la globalización digital⁹⁰, que llevan a la implementación de nuevos modelos de relación humana, basados en la transmisión rápida de noticias breves⁹¹, de impactos o estímulos, que generan

⁹⁰ Incluso, más acertadamente, de “globalidad” frente a “globalización”, en la dicotomía que presenta a estos efectos el pensador ULRICH BECK, como se analiza en CORONADO RAMÍREZ, J. L. (2001). ¿Qué es la globalización?: Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Recensión a la obra de Ulrich Beck «Estado y Sociedad». Recuperado 23 de julio de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-73722001000100008

⁹¹ Tanto así, que se difumina en la actual sociedad, la distancia entre el periodismo profesional y la labor de los ciudadanos, como apunta MOLL DE ALBA MENDOZA, E. (2015). *Análisis comparativo de la utilización*

una diseminación de la información. Los criterios cuantitativos y cualitativos (es decir, la magnitud de la frecuencia de los sucesos y de la naturaleza de los mismos), no guardan relación con los conceptos de información existentes hasta la revolución digital.

En efecto, la realidad “virtual” ha tornado a convertirse en una esfera ontológica paralela, en la que se desarrolla el 87% de las personas de los países definidos como desarrollados, según los estándares de la Organización de las Naciones Unidas; frente al 47% de los países no desarrollados, que permanecen como zonas donde no existe acceso a internet para la mayoría de la población, o en algunos casos, ni siquiera existe posibilidad de acceso⁹².

Ello conduce, en nuestro ámbito socio-cultural, a la observación de nuevos patrones de relación humana, que abarcan desde el ocio (plataformas en *streaming*, juegos on-line, apuestas en internet); el trabajo (videoconferencias, foros *online*, actos académicos virtuales); la relación familiar o de amistad (grupos de WhatsApp y redes sociales) hasta, como resulta inevitable en el ser humano, las relaciones afectivas y sexuales, en las que Internet ha marcado unos nuevos hitos de desarrollo, tanto en la interacción inicial, como en el desarrollo de las dinámicas relacionales íntimas, desde la creación de espacios de comunicación virtual específicamente destinados a estos efectos (véase una infinidad de

de Twitter como canal de comunicación para las principales editoriales estadounidenses y españolas. [Tesis doctoral. Facultat de Ciències de la Comunicació. Universitat Autònoma de Barcelona]. <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/322083/emdam1de4.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 130. Recuperado el día 8 de mayo de 2023.

⁹² Tales estadísticas se obtienen de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas, en su estudio “Inclusión digital para todos”, Unión Internacional de Telecomunicaciones-Organización de las Naciones Unidas. (2018). *Inclusión digital para todos*. Unión Internacional de Telecomunicaciones. Recuperado 4 de enero de 2022, de <https://www.itu.int/es/mediacentre/backgrounders/Pages/digital-inclusion-of-all.aspx>

portales y servicios web destinados a los contactos de carácter íntimo y a la promoción de relaciones) hasta el hecho de la masificación de la tecnología audiovisual (especialmente, con el fenómeno generalizador en las sociedades modernas de los aparatos “smartphone”), que ha permitido que la captación y difusión de la imagen y el sonido se haya extendido de una manera insospechada hace escasas décadas, en una nueva revolución tecnológica, tras la generalización de internet.

Así, autores como MÁRQUEZ (2017, p. 61), acuden a calificar estos dispositivos como el paradigma del “metamedio”⁹³ del siglo XXI, compilándose en estos aparatos, en opinión de MANOVICH (2013, p. 238)⁹⁴, “las técnicas de creación y manipulación de medios, formas de interacción y formatos de datos disponibles a programadores y diseñadores en su actual momento histórico”. Por tanto, nos enfrentamos a nuevas formas de interacción humanas, en el aspecto fáctico o relacional, tanto en la creación de vínculos de comunicación, como en el desarrollo de nuevos canales o espacios de expresión de las diversas emociones o pulsiones, también en la materia sexual.

No es hiperbólico señalar que, por primera vez en la historia⁹⁵, nos encontramos ante el reto de dar respuestas adecuadas a la existencia de una

⁹³ MÁRQUEZ, I. (2017). El Smartphone como metamedio. *Observatorio OBS- Universitat Oberta de Catalunya*, 11(2), 61-71. <https://doi.org/10.15847/obsOBS11220171033>, p. 61

⁹⁴ A quien se atribuye la generalización de este término y sobre el que desarrolla su investigación en MANOVICH, L. (2013). *El software toma el mando*. Editorial UOC.

⁹⁵ Ya señala con gran precisión el filósofo contemporáneo BAUMAN, Z. (2017). *Los retos de la educación en la modernidad líquida* (1.ª ed.). Gedisa Mexicana, p.40, cómo “ningún otro punto de inflexión de la historia humana los educadores debieron afrontar un desafío estrictamente comparable con el que nos presenta la divisoria de aguas contemporánea. Sencillamente nunca antes estuvimos en una situación semejante. Aún debemos aprender el arte de vivir en un mundo sobresaturado de información. Y también debemos aprender el aún más difícil arte de preparar a las nuevas generaciones para vivir en semejante mundo”

verdadera y compleja realidad paralela virtual, que coexiste con la física, en un plano dimensional diverso, pero que produce efectos y resultados concretos en el plano material. A la par, tal dimensión comienza a ser consustancial a varias generaciones (al menos, dos), desde la proliferación de las TIC.

Los menores de edad en la España contemporánea –y en todas las sociedades desarrolladas tecnológicamente– son calificados como “nativos digitales”⁹⁶, en tanto se muestran desarrollando y proyectando sus comportamientos vitales, sus afectos, sus relaciones y deseos, en función de la proyección o canalización de los mismos a través de las herramientas que ofrecen las tecnologías de la información. En este sentido, en el proceso de desarrollo de la personalidad –también, en la esfera sexual–, los menores no son, precisamente,

⁹⁶ Estos retos ya los abordó PRENSKY, M. (2001). *Digital Natives, Digital Immigrants. On the Horizon*- MCB University Press, 9 (5). <https://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20%20Digital%20Natives%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf>, cuando señala que los primeros años del siglo XXI, de manera analógica a lo que los físicos definen como “singularidad gravitacional”, es decir, los puntos de “agujeros negros” donde las reglas de la física y sus capacidades predictivas se desvirtúan, en esta materia, el inicio de este siglo ha supuesto para la relación de los menores con las tecnologías una “singularidad tecnológica”, es decir, una suerte de antes y después del desarrollo humano de las comunicaciones y de los medios que hace que, quienes no conocieran el mundo anterior a ese momento, les resulte casi ininteligible, visto con los ojos de hoy. Quizá, pudiendo parecer un paralelismo algo excesivo en términos generales, no lo es en la particular forma que compartimos cómo la realidad tecnológica actual era difícilmente imaginable hace siquiera una década, y la aceleración que el progreso tecnológico ha llevado no se ha visto acompasado de una adecuada reflexión social sobre muchos extremos que, aun hoy, no han sido asimilados colectivamente de una manera adecuada para dar una respuesta unánime y definitiva a ciertas cuestiones, que pudieran plantearse, a saber: ¿hay una minoría de edad tecnológica o en las redes?, ¿ha de limitarse el anonimato en Internet?, ¿es preciso reconfigurar las figuras penales para dar cabida a la cibercriminalidad sexual a partir de los nuevos parámetros de relación y utilización de estos sistemas? ¿qué peso va a tener la inteligencia artificial en la esfera de la protección de la libertad e indemnidad sexuales? Son muchos los interrogantes no resueltos en este ámbito, quizá porque, siguiendo esa idea de Prensky, la “aceleración” ha sido de tal envergadura que estamos adaptándonos socialmente aun a estructurar nuestra realidad en pos de la tecnología existente, que, en cierta forma, ha sobrepasado a la evolución de ciertos parámetros sociales, produciendo lógicamente disonancias y asincronías.

De hecho, cabe señalar como, perfilando la dicotomía entre los nativos y los inmigrantes digitales, autores como Piscitelli, A. (2009). *Nativos Digitales. Dieta cognitiva, inteligencia colectiva y arquitecturas de la participación*. Santillana, habla, respecto de la segunda categoría enunciada, de “mediadores intergeneracionales” para referirse a aquellos que, con un proceso adaptativo, han podido asumir la digitalización, frente a los “excluidos digitales”, atendiendo a la realidad de personas que no pueden o no quieren de manera decidida relacionarse con esta realidad.

ni ajenos ni potencialmente indemnes al fenómeno de internet, de las redes sociales o de las páginas de contacto o relaciones para adultos, ni al fácil acceso a contenidos de carácter sexual o pornográfico, de una manera inusitadamente sencilla y próxima⁹⁷.

Cualquier teléfono móvil con conexión a Internet –que hoy representan un número sustancial de los existentes en nuestro mercado de comunicaciones– es herramienta suficiente para que un menor, desde temprana edad, pueda acceder a los contenidos que omnímoda e indiscriminadamente ofrece internet, incluso pese a la existencia de mecanismos de control parental en el uso de los dispositivos, que no siempre son eficaces, y ni siquiera implementados, por desconocimiento, o falta de interés en su uso, en ocasiones, por parte de no pocos progenitores.

A la par, es relevante el mayor dominio del sistema que ofrece al menor haberse relacionado con él en las primeras fases de la infancia⁹⁸, y, por tanto, desarrollar unas destrezas potencialmente superiores, que ha venido a constituir

⁹⁷V. GARMENDIA, M., GARITAONANDIA, C., MARTÍNEZ, G. y CASADO, M. A. (2012). Los menores en internet. Usos y seguridad desde una perspectiva europea. *Quaderns del CAC*, 15(38), 37-44. https://www.cac.cat/sites/default/files/migrate/quaderns_cac/Q38_ES.pdf#page=39; también se profundiza en la cuestión en GARITAONANDIA, C., KARRERA-XUARROS, I., JIMÉNEZ-IGLESIAS, E. y LARRAÑAGA, N. (2020). Menores conectados y riesgos online: contenidos inadecuados, uso inapropiado de la información y uso excesivo de internet. *El profesional de la información*. <https://doi.org/10.3145/epi.2020.jul.36>.

⁹⁸ De ahí, la expresión del referido PRENSKY (cfr. n. 93), cuando diferencia a los menores “nativos digitales” frente a los que somos necesariamente “inmigrantes digitales”, provenientes de un mundo analógico, donde no existían los medios actuales de comunicación y relación social, que nos hemos visto obligados a una adaptación.

el concepto de “sabiduría digital”⁹⁹. Si la plasticidad cerebral¹⁰⁰ del menor y la geométrica capacidad de aprendizaje es signo característico de la infancia, la estimulación y focalización de sus aptitudes a través de los instrumentos tecnológicos ofrecen una ventaja competitiva a los más jóvenes en este ámbito.

No es difícil compartir la idea de que, aun cuando, no sea prudente predicar como regla general que todos los menores poseen mayores aptitudes para el manejo de las tecnologías que los “inmigrantes digitales”, parece indiscutible es que la cosmovisión de los mismos en su comprensión de la sociedad y de las relaciones humanas, se ve influida y configurada, desde su infancia, por la coexistencia de una realidad virtual con la que relacionan en términos generales desde una edad muy temprana.

Mientras que para los que somos actuales adultos “analógicos”, las redes o internet son herramientas que actúan como elementos adquiridos y que hemos convertido en necesarios, pero que no lo eran inicialmente, para desarrollar las

⁹⁹ Así lo define ROMÁN-MENDOZA, E. (2018). *Aprender a aprender en la Era Digital*. Routledge, p.52, donde, sin embargo, niega la existencia en el nativo digital de unas especiales competencias por el mero hecho de serlo, sino que afirma que se trata de unas generaciones que tienen que adaptarse a un cambio en la forma de las relaciones sociales y humanas ligadas al desarrollo tecnológico, pero no están dotados por ello de unas habilidades o aptitudes singulares.

¹⁰⁰ Específicamente estudiada en el ámbito del desarrollo de dicha cualidad en relación con menores de corta edad y el uso de los teléfonos inteligentes en la aportación de SALUM TOMÉ, J. M. (2019). Incidencia de los Smartphone en el desarrollo de la plasticidad cerebral en niños de 0 a 6 años, en un contexto de alta vulnerabilidad. *Brazilian Journal of Development*, 5(6), 6020-6030. <https://doi.org/10.34117/bjdv5n6-114>. También se explora desde el plano psicológico por ROMANA CATANZARO, I. (2017). *Los niños y la tecnología. Uso de la tablet y del smartphone*. [Tesis doctoral. Facultad de Educación y Psicología. Universidad de Extremadura], https://redined.educacion.gob.es/xmlui/bitstream/handle/11162/174232/TDUEX_2017_Catanzaro_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y; así como por OTAEGUI, A., HAWKIN, C., MILLER, D. et al. (2021). *El Smartphone Global: Más allá de una tecnología para jóvenes*. Amsterdam University Press. https://www.uclpress.co.uk/?utm_source=google&utm_medium=google%252520books

actividades y expectativas vitales¹⁰¹ (incluidas las relacionales amorosas y sexuales), hoy los menores coexisten de manera originaria con un entorno digitalizado, en el que la tecnología –ya ni siquiera es ajustado llamarlas “nuevas” tecnologías, puesto que su novedad ha pasado hace años– es consustancial a su forma de concebir las relaciones sociales humanas en todos los planos, y que determinan una nueva realidad sociológica con repercusión en la tutela de los bienes jurídicos protegidos de la libertad e indemnidad sexuales¹⁰².

Precisamente, sirva como ilustrativa la existencia de redes sociales especializadas en contactos con propósito sexual, amateur o profesional, así como páginas web con finalidad de intercambios sexuales (en el espectro heterosexual, trans y homosexual, o el que proceda en cada caso). Tal realidad no es algo ajeno a los menores y jóvenes actuales, que han nacido ya con una arquitectura tecnológica avanzada y a la que tienen acceso de una manera que algunos autores ya advierten como prematura.

En consecuencia, el concepto de intimidad se ve, actualmente, coligado a un fenómeno de “multitud”, en palabras de autores como LINNE (2016, p.1)¹⁰³, de

¹⁰¹ En sentido favorable, como herramienta de desarrollo de los menores en habilidades cognitivas y de socialización, en la juventud actual, se pronuncia WILLOUGHBY, T. (2008). A short-term longitudinal study of internet and computer game use by adolescent boys and girls: Prevalence, frequency of use, and psychosocial predictors. *Developmental Psychology*, 44, pp. 194-204. No obstante, coincidimos con KIERKEGAARD, S. (2008). Online child protection Cybering, online grooming and ageplay. *Computer Law y Security Report*, 24, pp. 44-55, cuando apunta a que, precisamente la libertad y anonimato de la red genera una sensación subjetiva de seguridad en el menor que le hace especialmente vulnerable en el ámbito sexual a los delitos que atenten contra esa esfera.

¹⁰² V. CORTÉS DÍAZ, L. M. (2011). Algunas consideraciones sobre el meeting a child following sexual grooming through TICs (contacto Tics preordenado a la actividad sexual con menores). *Cuademo Red de Cátedras Telefónica*. <https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/116943/Cuaderno%20No%202.%20Contacto%20Tics%20Preordenado%20act.%20sexual%20con%20menores.pdf?sequence=1> yisAllowed, p.7.

¹⁰³ LINNE, J. (2014). Usos comunes de Facebook en adolescentes de distintos sectores sociales en la Ciudad de Buenos Aires. *Revista Científica de Educomunicación*, 189-197; también en BELEÑO CASARRUBIA, Y.;

“intimidad pública” para WINOCUR (2015, p. 6)¹⁰⁴, e incluso, lo que entiende SIBILIA (2008, *passim*)¹⁰⁵, que supone la nueva realidad de exposición pública y colectiva de facetas de la tradicional intimidad personal y familiar, a un grupo de usuarios a veces indefinido –especialmente, en los perfiles con bajos filtros de privacidad, llamados “públicos”–, donde cualquier navegante puede acceder, remotamente, a una serie de fotografías, datos e informaciones que, en ocasiones, no son siquiera debidamente valorados por la persona que los facilita.

Ello, tiene especial incidencia en el marco de la infancia y juventud, que poseen una conciencia muy limitada de estos riesgos¹⁰⁶, y que por ende, incurren en una sobreexposición inconsciente –o sin una adecuada ponderación de riesgos– respecto de aspectos de su privacidad que tienen o pueden conllevar consecuencias graves para el desarrollo adecuado de su personalidad sexual, cuando precisamente estas muestras de expresión de tal evolución puedan favorecer un contacto con un tercero que persiga la realización de conductas sexuales indeseadas y jurídicamente reprochables conforme a nuestra vigente legislación penal.

2º) Se observa la existencia de lugares comunes del discurso en el planteamiento dicotómico de la realidad virtual frente a la no virtual. Es

CABALLERO PATERNINA, M. S. y MARTÍNEZ BULA, L. R. (2020). Derecho a la intimidad y redes sociales: relación. *Teknos revista científica*, 33–39. <https://doi.org/10.25044/25392190.1013>

¹⁰⁴ WINOCUR, R. (2015). La exhibición de la intimidad como estrategia de inclusión social entre los jóvenes y adolescentes. *Entretextos*, 19. <http://entretextos.leon.uia.mx/num/19/PDF/ENT19-2.pdf>

¹⁰⁵ V. SIBILIA, P. (2008). *La intimidad como espectáculo*. Fondo de Cultura Económica USA.

¹⁰⁶ Así lo advierte FIGUEROA RAMÍREZ, M. V. (2016). Nivel de conciencia de los jóvenes sobre los riesgos de las redes sociales para su privacidad e intimidad, en L. A. GUADARRAMA RÍOS Y J. C. SUÁREZ VILLEGAS (Eds.), *Cuestiones de ética de la comunicación* (pp. 73–97). Dykinson. También relevante el estudio de GARMENDIA, M., GARITAONANDIA, C., MARTÍNEZ, G. y CASADO, M. A. (2012). *op.cit.* n. 97.

frecuente efectuar esta disquisición entre el “ciberespacio”, que para BARRIO ANDRÉS (2018, p. 25)¹⁰⁷ puede concebirse como el “espacio global en el entorno de la Sociedad de la Información que consiste en el conjunto interdependiente de infraestructuras de TIC, y que incluye Internet, redes de telecomunicaciones, los sistemas informáticos y los procesadores y controladores integrados propios del Internet de las Cosas (IoT, *Internet of Things*)¹⁰⁸”, frente a la realidad no virtual. Ciertamente, aunque la fusión entre los planos fácticos citados no es absoluta, existe una interrelación tan poderosa que lo que inicialmente no pasaba de ser un conjunto o sistema de herramientas al mero servicio instrumental del ser humano, se ha engarzado en la realidad de tal manera que es inconcebible la misma prescindiendo de tal tecnología.

Desde el momento en que las infraestructuras críticas de los Estados y sus sistemas económico-financieros (en todas sus vertientes, desde la defensa pasando por el sistema bancario, bursátil, los seguros, los transportes, etc.), así como los datos y control de los ciudadanos se encuentran canalizados a través de estas herramientas de manejo de información, escindir lo virtual de lo no virtual resulta, en muchas ocasiones, de enorme dificultad, por la interrelación constante de los planos, que aun separados, convergen de manera constante e infinitamente reiterada.

¹⁰⁷ BARRIO ANDRÉS, M. (2018). *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet* (1.ª ed.). Tirant lo Blanch.

¹⁰⁸ V. MADAKAM, S., RAMASWAMY, R. y TRIPATHI, S. (2015). Internet of Things (IoT): A Literature Review. *Journal of Computer and Communications*, 03(05), 164 173. <https://doi.org/10.4236/jcc.2015.35021>

1.2.2. Nuevas modalidades típicas vinculadas a las tecnologías digitales: análisis de la agresión sexual online.

En la línea de lo precedentemente expuesto, en el marco del Derecho Penal debemos afrontar realidades como la posibilidad, reconocida por el Tribunal Supremo español, en varios de sus pronunciamientos, de la admisibilidad conceptual de la *agresión sexual online*, es decir, aquella que acaece sin intermediación ni presencia del victimario y víctima en el mismo espacio físico, mediante la compulsión realizada a través de los mensajes dirigidos a una persona para que lleve a cabo, sobre sí misma, una conducta sexual no deseada, en el marco del uso de las TIC¹⁰⁹.

El planteamiento de la relación entre los distintos planos de la realidad, a la hora de la comisión del delito, resulta una situación novedosa, que genera retos interpretativos para el Derecho Penal de primera magnitud, en tanto que supone la necesidad, en un aumento de las fronteras punitivas que el legislador español está implementando desde hace unos años, de efectuar nuevos planteamientos

¹⁰⁹ Nos referimos, particularmente, a la STS 447/2021, de 26 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2165). En este caso, se ofrece relevancia a la “ciberintimidación”, como se viene a denominar en la propia sentencia, hasta el límite de equipararla a la exigida en el art. 178 y ss. CP para la apreciación del delito de agresión sexual, aun cuando, en efecto, el agresor condenado efectuaba los actos de intimidación a través de Internet, exigiéndole a la víctima la remisión de imágenes y videos pornográficos de una menor, que ella grababa motivada por tales elementos. Tal pronunciamiento, novedoso en nuestro sistema, ha sido igualmente aplicado ya en 2017, en Suecia, constando como uno de los primeros casos de interpretación de la intimidación “online” para que la víctima lleve a efecto actos sexuales sobre sí misma, como factor objetivo de agresión sexual, en una S. del Tribunal de Upsalla, en Diciembre de 2017 (caso Samstron), donde el agresor fue condenado a 10 años de cárcel por violación “online” de 27 menores, de ellas 26 niñas y un varón, todos ellos radicados fuera de Suecia (fundamentalmente, Reino Unido y Estados Unidos), además de por el delito de posesión de material pornográfico –fruto de las violaciones “online”, guardaba registro en su ordenador de tales elementos–.

exegéticos en la intervención penal en la esfera de las relaciones sexuales entre los seres humanos (no solo entre menores, y entre éstos y los adultos, sino también en personas ambas mayores de edad).

Es preciso cuestionar elementos asumidos de manera casi axiomática, como el hecho de que el prototipo de delito sexual ha sido considerado clásicamente un ejemplo destacado de los llamados delitos “de propia mano”¹¹⁰, rechazándose por algunos autores de nuestra doctrina¹¹¹ la posibilidad de que se instrumentalizara por parte del sujeto activo a la víctima para que fuera esta quien, mediante la intimidación, llevara a cabo los actos sexuales. En sentido contrario, hasta el año 2015, un número destacado de autores abogaban por incluir, en el ámbito típico del abuso o agresión sexual –según mediara o no intimidación–, los actos en los que se obligara cibernéticamente o en el ámbito virtual a una persona a realizar sobre sí misma una conducta sexual¹¹².

¹¹⁰ Es decir, aquellos que, como señala LUZÓN PEÑA, D. M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, p.156 “la conducta típica se realice de manera personal, sin posibilidad de recurrir a un intermediario”, aspecto que predica específicamente (p.159) de las agresiones sexuales. En esta misma línea, en la doctrina, siempre se han considerado los “*delicta carnis*” como paradigmas de los delitos de propia mano. Así lo señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2004). *El denominado delito de propia mano*. Dykinson, quien explora la doctrina histórica alemana sobre esta materia (pp. 69 y ss.), con autores como BINDING, K. L. (1915). *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen* (Vol. 1). Duncker y Humblot, p. 265; BORCHERT, T. (2010). *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter* (1888). Kessinger Publishing, p. 100 y ss. En contra de la consideración de la agresión sexual como delito de propia mano, destacamos a voces como Díez Ripollés, J.L. (2004) en *Comentarios al Código Penal Parte Especial Vol. II*. (J. L. Díez Ripollés y C. M. Romeo Casabona, Coords.). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, p. 339 y a MONGE FERNÁNDEZ, A. (2011). *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años: Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Ed. Bosch, p. 202-204, así como muy recientemente por CUGAT MAURI, M. (2022). Art. 183 bis. Las nuevas modalidades de abuso sin contacto entre autor y víctima. En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, P. ESQUINAS VALVERDE (Dirs.) y M. A. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 337-353). Aranzadi, p. 346.

¹¹¹ LUZÓN PEÑA, D.M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (3ª ed.). Editorial Tirant lo Blanch, p. 159-161; ORTS BERENGUER, E. (1995). *Delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch, p. 141.

¹¹² En esta línea, TAMARIT SUMALLA, J. M. (2002). *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual* (2ª ed.). Aranzadi, p. 65; CARUSO FONTÁN, M. V. (2006). *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch, p. 202; CUGAT MAURI, M. (2022), *op. cit. supra*, p. 342.

El desarrollo tecnológico experimentado en un marco temporal relativamente reciente, mediante una proliferación exponencial del acceso y presencia de Internet, a partir especialmente de la generalización del sistema de conexión por los teléfonos inteligentes –*Smartphone*–, ha permitido una mayor ubicuidad en el acceso¹¹³, es una experiencia de escasos años de recorrido, que ha llevado a que ciertos planteamientos deban ser reconsiderados, a la luz de la actualidad y de la previsible evolución de los sistemas de comunicación, a peor probablemente, especialmente los efectos del aislamiento¹¹⁴ y falta de contacto interpersonal que dichos medios fomentan, como apuntan algunos estudios relevantes¹¹⁵.

1.2.3. Planteamientos antes de la entrada en vigor de la LOGILS (antes de septiembre de 2022): abuso y agresión sexuales online.

Aun cuando no es una cuestión que afecte nuclearmente a nuestro estudio, no podemos dejar de cuestionarnos la admisibilidad, como regla general, de la

¹¹³ Así ya lo vinimos a señalar en FUERTES IGLESIAS, C. (2013). *Los Delitos Sexuales contra menores a través de las nuevas tecnologías* (Trabajo Fin de Máster), Dir. M.A BOLDOVA PASAMAR. Repositorio de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España, p. 9; y se constata en BAEZA YATES, R. y RIVERA LOAIZA, C. (2002). *Ubicuidad y usabilidad en la Web*. Centro de Investigación de la Web-Dpto. de Ciencias de la Computación-Universidad de Chile. Recuperado 31 de enero de 2022, de <https://users.dcc.uchile.cl/~rbaeza/inf/usabilidad.html>

¹¹⁴ HAMPTON, K. N., SESSIONS, L. F., HER, E. J. y RAINIE, L. (2009). Social Isolation and New Technology: How the internet and mobile phones impact Americans' social networks. *Pew Internet y American Life Project*, 4. <https://www.issuelab.org/resources/11152/11152.pdf>

¹¹⁵ V. desde el plano de la psiquiatría DE LA CALLE REAL, M. y MUÑOZ ALGAR, M. J. (2018). *Hikikomori: el síndrome de aislamiento social juvenil*. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352018000100115; desde la psicología social por BUCKINGHAM, D. (2002). *Creer en la era de los medios electrónicos*. Ed. Morata; YOUNG, K. S. (2004). Internet Addiction: A New Clinical Phenomenon and Its Consequences. *American Behavioral Scientist*, 48(12), 402-415; ESPINAR RUIZ, E. y LÓPEZ FERNÁNDEZ, C. (2009). Jóvenes y adolescentes ante las nuevas tecnologías: percepción de riesgos. *Athenea Digital*, 16, pp.1-20.

posibilidad de que un sujeto pueda ser castigado como autor de un delito en casos en los que su dominio del hecho cesa tan pronto como deja de tener comunicación con la víctima¹¹⁶. Fundamentalmente, porque en el caso de los ataques en los que exista una simultaneidad en el “espacio” y “tiempo” virtuales –lo que podríamos llamar en *streaming* o en vivo–, la cuestión de la distancia física podría salvarse, a los efectos de establecer la imputación del resultado delictivo del ataque a la libertad sexual, desarrollado por la propia víctima (instrumentalizada mediante la intimidación por el sujeto activo) siempre que esa intimidación se encuentre presente durante la agresión sexual virtual en todo momento, y se pueda dominar la voluntad de la persona titular del bien jurídico lesionado durante la ejecución de las conductas atentatorias contra el mismo. Dicho de otra forma, ésta sería la única posibilidad en la que podemos admitir la de una agresión sexual telemática porque entendemos que se concilia el dominio del hecho (a distancia, pero que puede equivaler funcionalmente al físico y directo), y una verificación de los requisitos objetivos y subjetivos del delito de agresión sexual.

Ahora bien, no nos parece que se pueda equiparar desde el plano típico del hecho que se lleva a cabo en presencia de la víctima, frente al que remite mensajes intimidatorios por medio de las redes, cuando no se realice simultáneamente con los actos de la víctima. Para tal intervención sería precisa la intervención del

¹¹⁶ Como se extrae de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y LUZÓN PEÑA, D. M. (1991). *La autoría en Derecho Penal*. PPU, pp. 472 y ss., será autor con dominio del hecho en los delitos de resultado, aquel sujeto que realice por sí mismo todos los elementos del correspondiente tipo penal, siendo el protagonista (en términos objetivos y subjetivos) en la realización del delito. Así también lo hace ROXIN, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (7ª ed.). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 359 y ss.

legislador, con objeto de la adecuada salvaguarda del principio de legalidad de los delitos, en atención a la creación de³ una figura específica que contemplase la “ciber-agresión sexual”.

En efecto, la existencia del delito de *sexting* (art. 183. 2 CP), como acto preparatorio, en el caso de víctimas menores de 16 años y mediante el embaucamiento, como modo de intento de obtener las imágenes pornográficas del menor o de otro distinto, no abarca la totalidad de los supuestos que pueden plantearse en este sentido, sino solamente los casos de menores de dicha edad y como medio de preparación para la obtención de material pornográfico¹¹⁷.

En aquellos supuestos en los que, por ejemplo, se compela a la víctima a grabarse y enviar al autor en un determinado plazo un video realizando prácticas onanísticas, tras intimidarle o bajo amenaza de causarle –en caso de no atender al requerimiento de envío de dicho material– un mal grave a la misma persona o a otra vinculada a ella, consideramos preciso diferenciar entre los casos en los que medie una desconexión virtual entre las partes (es decir, que ambos cierran el sistema de comunicación, y conciertan una nueva reunión o un envío telemático, véase, por correo electrónico; o incluso en aquellos casos de corte de la conexión, mediando cualquier otra circunstancia), frente a aquellos en los que se mantenga la comunicación durante toda la ejecución de la acción sexual. Respecto de los primeros, no podemos predicar que exista necesariamente, en caso de verificarse un envío de dicho material filmado, una conducta

¹¹⁷ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2022a). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M.A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2ª Ed., pp. 199-220). Comares.

incardinable en el espectro típico objetivo y subjetivo del delito de agresión sexual (caso de que la víctima llevara a efecto dicho acto sexual sobre sí misma, imbuida en esa intimidación incluso, sin que el sujeto activo supiera de la eficacia de su intimidación).

Cuando el sujeto activo ha perdido, desde que se ha desconectado de la víctima, el dominio sobre el hecho, cabe la posibilidad de que la persona frente a la que se dirigen las expresiones amenazantes o intimidatorias lleve a cabo un variado elenco de conductas o reacciones ante tal pretensión, que pueden ir desde sucumbir a la presión y llevar a cabo la conducta sexual indeseada, hasta remitir una constancia gráfica de un acto o conducta sexual precedente, o incluso asumir el riesgo de que se verifique el acto en que la amenaza consista y hacer caso omiso a la misma. También puede suceder que se decida a denunciar los hechos. Por ende, no podemos asumir más que la existencia de unas amenazas condicionales consumadas (art. 169.1 CP), a través del medio de comunicación electrónico, en las que se pretende afectar a la libertad de decisión de la víctima, pero no así un principio de ejecución de una agresión sexual.

Los casos en los que no exista un contacto simultáneo entre sujeto intimidante y víctima intimidada no debieran equipararse ni fácticamente, ni jurídicamente a aquellos en los que se sostiene una presencia temporo-espacial simultánea, y en los que la intimidación determina a la víctima a la realización de la conducta.

Son múltiples los interrogantes que plantean esta clase de realidades, a la luz de la constitución de una esfera fáctica paralela a la real¹¹⁸, en el caso planteado de falta de comunicación bidireccional simultánea.

Una primera cuestión es el planteamiento de si, una vez iniciada la ejecución, podría desistir el sujeto intimidador de su “agresión sexual” o llevar a cabo una conducta de arrepentimiento activo (conforme al art. 16 CP), y en caso afirmativo, cómo debería patentizarlo o poder desarrollarlo. Ello, en tanto que una vez cesó la comunicación con el sujeto pasivo, solo parecería posible un arrepentimiento si se estableciera una nueva conexión con aquél, en la que, además, se le persuadiera en sentido negativo a la intimidación precedente efectuada (es decir, se le hiciera ver el error cometido por el autor, rectificando de su conducta). En tal caso, la amenaza derivada de las manifestaciones intimidatorias podría valorarse puntualmente para su particular sanción como delito de amenazas, sin que compartamos la idea de que se pudiera considerar como acto típico en la esfera ejecutiva del delito de agresión sexual.

A este respecto, cabe plantearse cuando tiene lugar el inicio de la esfera ejecutiva de la agresión sexual virtual y cuándo se considera perfeccionada la intimidación virtual. Existen varias posibilidades: desde que el sujeto emite la

¹¹⁸ Para las reflexiones sobre la concepción ontológica de la realidad virtual, debemos señalar la interesante aportación de autores como MOLINA D'JESÚS, A. A. (2021). Fundamentación ontológica del mundo virtual a partir de la filosofía de NICOLAÏ HARTMANN, *Sophia*, 31. <https://sophia.ups.edu.ec/index.php/sophia/article/view/31.2021.09>, respecto de la obra sobre el estudio de la ontología que realiza el señalado autor -HARTMANN-, en su ensayo “Ontología III” (1986), que resulta a estos efectos, en sus postulados, perfectamente aplicable actualizada, a los conceptos de la cibercultura y realidad virtual. En este sentido, también las aportaciones sobre esta “sociedad telemática”, y las implicaciones en las distintas esferas de lo virtual/real de PÉREZ HERRANZ, F. M. (2009). Realidad virtual y materialidad. *Eikasia- Revista de Filosofía*, 24. <http://www.revistadefilosofia.org>.

comunicación dirigida al sujeto pasivo con contenido intimidatorio¹¹⁹; desde que la víctima la conoce; desde que, por parte del receptor del acto comunicativo se inicia la acción sexual imbuida en dicha intimidación, o desde que el sujeto activo conoce que el pasivo está desarrollando o ha desarrollado la conducta exigida. La respuesta que se otorgue a este interrogante no es baladí, en tanto que, evidentemente, marca la respuesta penal que se confiera a la acción desarrollada.

Otra cuestión nada desdeñable estriba en qué calificación merece, por ejemplo, la intimidación para el envío de material que ha sido libremente grabado, previamente a la existencia de dicha compulsión, y que, por tanto, no habría sido captado lesionando la libertad sexual, pero sí afectaría su envío forzoso a otras esferas de la libertad, como la de acción o decisión. En este caso, que resulta a nuestro juicio particularmente ilustrativo, no se podría hablar de un atentado contra la libertad sexual en cuanto a la elaboración del material de contenido sexual, sino que estaríamos en el campo de unas amenazas condicionales nuevamente. Nos encontramos, por ende, ante la necesidad de planteamientos novedosos o creativos con la pretensión de actualizar el campo de las conductas delictivas con trascendencia en la esfera sexual (que exorbita a los delitos sexuales ya consolidados), para evitar lagunas de punibilidad en el ámbito de los delitos sexuales.

¹¹⁹ En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1997). *Comentarios al Código Penal Parte Especial* (J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y L. GRACIA MARTIN, Coords.), Tirant lo Blanch, p. 820 y ss., puede entenderse incluida en la figura de la coacción también ciertos elementos de intimidación, como los de fuerza física corporal a distancia así como los actos de fuerza corporal que aun no sean constitutivos de malos tratos (pone ilustrativos ejemplos, como el de un sujeto encañonado con una pistola por la espalda, advirtiéndole de que se le disparará si de inmediato no hace algo), de lo que disiente HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (1983). *El delito de coacciones*. Bosch, p. 90, cuando niega que los elementos de la intimidación puedan subsumirse en el ámbito de las coacciones.

En este caso, la agresión sexual virtual podría ser admitida, en vía telemática, solo en el ámbito del delito en *streaming* (en vivo y en directo), en tanto que la intimidación aparece –a nuestro criterio– como un elemento que necesariamente ha comparecer en el momento de la acción y determinar a la víctima a la realización de la conducta sexual –en este caso ejemplificado, sobre sí misma–, cuando el sujeto agente no está presente o no mantiene tal control intimidatorio durante los actos sexuales indeseados.

De esta manera, aparece la posibilidad de que, a través de este uso de las tecnologías de la comunicación, la agresión sexual pudiera concebirse en esta clase de supuestos en los que interrumpiera la conexión o la acción sexual se realizare con posterioridad como un delito de resultado cortado¹²⁰. Lo anterior, , tratándose de delitos donde el resultado es un elemento del tipo y no queda fuera de él, es una consecuencia que no aparece como posible y así se colige por la más reciente jurisprudencia¹²¹. A la par, cabe destacar también la contraposición de voces como la de TAMARIT SUMALLA (2018, pp. 33 y ss.)¹²², criticando la equiparación del medio cibernético al contacto directo en el caso del abuso sexual.

¹²⁰ Así lo concebimos, siguiendo los postulados al efecto de MIR PUIG, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General* (10ª ed.). Edisofer, p. 235. En esta misma línea, aplicando los fundamentos dogmáticos expuestos por RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978). *Derecho Penal Parte General*. Civitas, p. 255.

¹²¹ V., a estos efectos ilustrativos, las SsTS 301/2016, de 12 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1487); 450/2018, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3525); 158/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:1373); y recientemente, de forma muy relevante, 447/2021, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2165). En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la S. caso Buturugă contra Roumanie, de 11 de febrero de 2020 (ECLI:CE:ECHR:2020:0211JUD005686715), entre otras.

¹²² En TAMARIT SUMALLA, J. M. (2018). ¿Son abuso sexual las interacciones sexuales en línea? Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC. *Revista d'Internet, Dret i Política-UOC*, 26, 30-42.

En suma, nos encontramos con la necesidad de replantear algunos conceptos o basamentos en que se ha sostenido tradicionalmente en el plano dogmático los delitos sexuales, en función no solo de la evolución social y tecnológica, sino también de las tendencias actuales exegéticas, que van fuertemente ligadas a una expansión de las fronteras y del rigor punitivo en la materia del Derecho Penal sexual.

1.2.4. Breve reflexión tras la entrada en vigor de la LOGILS (desde septiembre de 2022): a propósito de la eliminación de la violencia como elemento típico objetivo de la agresión sexual.

Más allá de la incidencia en la concreta forma de la agresión sexual *online* como una manifestación paradigmática de la relación entre la realidad fáctica y virtual, debemos efectuar una sucinta reseña crítica a la unificación bajo la figura de agresión de los atentados sin violencia e intimidación y de los que sí se perpetran mediante alguna de estas vías.

Así pues, actualmente, cualquier acto de carácter sexual sin consentimiento, se lleva al plano de un único delito de agresión sexual. Tal figura se amplía para castigar, por tanto, de manera unificada, tanto las conductas contra la libertad sexual en las que intervenga violencia ni intimidación (anteriormente, las que constituían el tipo de agresión sexual, hasta septiembre de 2022), así como aquellas en que no existan tales factores, habiéndose producido la acción sexual de forma in consentida porque tal anuencia no concurra (la víctima no presta su consentimiento o no se recaba), así como en aquellas que no pueda prestarlo o es inválido o viciado.

La diferenciación resultaba a nuestro juicio, no solo como señala BOLDOVA PASAMAR (2022a, p. 204)¹²³ “conceptualmente pertinente”, sino que añadimos que difícilmente prescindible. De hecho, como certeramente advierte MUÑOZ CONDE (2022, p. 234)¹²⁴, de la regulación actual del delito de agresión sexual destaca la “desmesurada amplitud del precepto”, al abarcar atentados contra la libertad sexual de tan distinta intensidad y gravedad.

La actual LOGILS, por una cuestión ajena a la técnica legislativa y con un fuerte contenido ideológico, apuesta por una *tabula rasa* en la que pone en pie de igualdad los ataques contra la libertad sexual, bastando la ausencia de consentimiento para verificarse una agresión sexual. Así, se reduce en consecuencia la violencia o intimidación a presentarse como meras modalidades comisivas de tal figura, bajo una suerte de presunción *iuris et de iure* de existencia de agresión sexual en todo acto sexual en que medie violencia o intimidación. Sin embargo, permite calificar también como agresión sexual todos aquellos otros actos de contenido sexual en los que no exista consentimiento del sujeto pasivo, o cuando éste se emita de forma viciada, en el sentido del art. 178.2 CP. Por tanto, la violencia e intimidación no nos sirven ya para definir la esfera típico-objetiva de la agresión sexual.

Ante la inexistencia de una adecuada graduación en lo injusto, derivada de la unificación de los tipos de abuso y agresión sexual, se tiene que dar lugar a la creación de un tipo privilegiado de agresión sexual (178.3 CP), que permite la

¹²³ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2022a). *Op. cit.* n. 117.

¹²⁴ MUÑOZ CONDE, F. (2022). *Derecho Penal Parte Especial* (24ª Ed.). Tirant lo Blanch.

imposición de penas incluso de multa (18-24 meses, como alternativa a la prisión), para paliar en la pena cuestiones que antes se dirimían en sede del tipo, como advierte MUÑOZ CONDE (2022, p. 241).

Entendemos que a esta figura privilegiada se tenderán a abocar los casos que suponían la extinta forma básica de abuso sexual (sin consentimiento, ex art. 181.1 CP en su redacción previa a septiembre de 2022)¹²⁵; y el actual tipo básico del art. 178.1 CP se reservará para las formas del extinto abuso sexual con consentimiento viciado (que actualmente se integran en el 178.2, como una modalidad típica de agresión sexual) y de los atentados a la libertad sexual con violencia o intimidación (reducidos, como hemos advertido, a meras modalidades típicas).

Nótese que, al tiempo de depósito de la Tesis, se ha promulgado la Ley Orgánica 4/2023, que viene a descaminar el sendero emprendido por la LOGILS, en cuanto a la equiparación del abuso y agresión sexual, en la medida que, conservándose una sola figura de agresión sexual, se distingue penológicamente

¹²⁵ Nos resulta ineludible apuntar, como advirtió en su momento DEL MORAL GARCÍA, A. (1992). La conformidad en el Proceso Penal: reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español. *Revista Auctoritas Prudentium*, 1, en un análisis del fenómeno de la proliferación de las sentencias penales de conformidad, la posibilidad de que se extiendan, a la luz del tipo privilegiado de agresión sexual creado por la LOGILS (art. 178.3 CP) y bajo el temor a la imposición de una pena de mayor entidad, dicha clase de resoluciones en este ámbito. En coherencia, aumenta con ello el riesgo real de que personas inocentes asuman, como un mal menor, la conformidad con una pena de contenido pecuniario frente a una acusación por un delito de agresión sexual, en aras de evitar un juicio del que pueda resultar una condena más severa o una estigmatización social mayor. En palabras del citado autor, existe “el peligro de auténticos chantajes legales o concesiones por un temor a un mal solamente probable, pero mayor que el cierto que se ofrece a cambio”. Todo lo expuesto, puede aumentar en su prevalencia si se estandariza en el proceso penal por esta clase de delitos la “perspectiva de género” como criterio de valoración de la prueba, como abordaremos en otros momentos de esta tesis doctoral (parte tercera de este estudio. Ante tal panorama, el juicio oral, en palabras de FERRAJOLI, L. (2018). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, p.746, se convertirá en “un lujo reservado a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y riesgos”.

entre la conducta en la que media violencia, intimidación o anulación de la voluntad del sujeto pasivo, frente al resto de modalidades de agresión sexual.

1.3 Tendencia punitivista del Derecho Penal sexual.

No podemos ser ajenos, por otra parte, a la intensa tendencia en las propuestas legislativas que están actualmente sobre la mesa –no nos referimos a las recientemente aprobadas, como la LOGILS, sino también la cuestión de la prostitución¹²⁶ y transexualidad¹²⁷–, junto con los impulsos hermenéuticos del Tribunal Supremo (especialmente, desde casos de gran trascendencia social,

¹²⁶ Aspecto controvertido y que se está abordando actualmente mediante una Proposición de Ley Orgánica por el Grupo Parlamentario Socialista, presentada en mayo de 2022, en estudio en el momento de concluirse esta tesis doctoral, como consta publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de fecha 27 de mayo de 2022, Serie B, núm. 250-1, pp. 14. En la doctrina española, debemos destacar, por sus diversas perspectivas, las interesantes aportaciones efectuadas por CARUSO FONTÁN, M. V. (2011). Sobre la Criminalización de las Actividades Relacionadas con la Prostitución Consentida. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 25, 1-21; TIRADO ACERO, M. (2011). El Debate entre Prostitución y Trabajo Sexual. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 6(1). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S190930632011000100007; VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2012). Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultado. *Revista de Derecho Penal y criminología*, 7, 81-142. <http://hdl.handle.net/10459.1/46539>; VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015). A vueltas con la prostitución callejera. ¿Hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave? *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXV, 415-455. <https://doi.org/10.15304/epc.35.2607>; LLOBET ANGLI, M. (2020), *op.cit.* n. 44; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2020). Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-10.pdf>.

¹²⁷ V. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Será objeto de referencia también en otros momentos posteriores de la tesis. Resultan interesantes los planteamientos sobre la conjugación de los postulados feministas y este el proyecto legislativo que dio lugar a la actual norma, las consideraciones que efectúa ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2021). Dudas y certezas sobre el Proyecto de Ley Trans. *E-Prints Complutense*. Recuperado 21 de octubre de 2022, de https://www.academia.edu/45594026/Dudas_y_certezas_sobre_el_Proyecto_de_Ley_Trans?auto=citations&from=cover_page. Desde el plano psiquiátrico, se pronuncia MARTÍNEZ PINTOR, F. (2021). N. Editorial: Reflexiones sobre las posibles consecuencias médicas, sanitarias y científicas de la actual propuesta de ley trans. *Psicosomática y Psiquiatría*, 16, 15-20.

como los casos de “Diana Quer”¹²⁸ y de “La Manada” de Pamplona¹²⁹, por citar dos de los más paradigmáticos, siendo el último el precursor de la modificación de 2022 del Código Penal). Todos los elementos apuntan hacia interpretaciones cada vez más rigoristas –a través de una extensión del ámbito de la agresión sexual– e intervencionistas en lo que a la regulación de la prestación del consentimiento se refiere –del modelo del *si es si*, que finalmente ha quedado totalmente desdibujado y que analizaremos en este estudio, temporalmente desarrollado desde la génesis del anteproyecto, en el año 2014, hasta la aprobación final de la LOGILS, en 2022–.

Se trata, en todo caso, de modelos jurídicos y relacionales encaminados en una tendencia progresiva en nuestro sistema jurídico hacia la positivización o formalización del consentimiento sexual. Se asume una suerte de intromisión en aspectos de la intimidad personal –en nuestra opinión, casi esencialmente– que con carácter general se determinan por la informalidad, incluso improvisación,

¹²⁸V. BORGES BLÁZQUEZ, R. y SIMÓ SOLER, E. (2018). A propósito del Caso Diana Quer, por un derecho a la presunción de credibilidad para las víctimas de violencia de género. En AA.VV., *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género* (pp. 463–488). Tirant lo Blanch; MACIÁN MARTOS, A. (2020). Análisis criminológico-jurídico del caso Diana Quer. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, 36. Recuperado 29 de agosto de 2022, de https://www.uv.es/gicf/5C1_Macian_GICF_37.pdf

¹²⁹ Resulta numerosísima la literatura científica que se ha reflexionado entorno a este caso, desde diversas perspectivas, debiendo destacar a RAMÍREZ ORTÍZ, J. L. (2018). Sociedad en red, igualdad, proceso y Derecho Penal. La sentencia de la Manada. *Revista de Jueces y Jueces para la Democracia*, 92, 17–19; Acale Sánchez, M. (2018). Tratamiento penal de la violencia sexual. La forma más primaria de violencia de género. En P. FARALDO CABANA Y M. ACALE SÁNCHEZ (Coords.), *La Manada - un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 71–100). Editorial Tirant lo Blanch; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2018). Las huellas de «La Manada». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 77, 16–21.; ASECIO GALLEGOS, J. M. y GONZÁLEZ VEGA, I. (2019). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual: Análisis sustantivo y procesal*. Juruá; CADENA SERRANO, F. A. (2019). Violaciones conjuntas. Caso de la Manada. *Revista La Ley*, 9481. Recuperado 29 de agosto de 2022, de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/527470>; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2020). Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de “La Manada”. En J. DE VICENTE REMESAL, J. M. PAREDES CASTAÑÓN y M. DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO et al. (Dir.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario* (1ª ed., Vol. 2, pp. 1761–1770). Reus; MONGE FERNÁNDEZ, A. (2020). «Las Manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales. Tirant lo Blanch.

basada en una relación no necesariamente ha de ser racional, sino fuertemente dominada por los instintos¹³⁰ y por las pasiones, cuando no utilitarista otros casos. Es decir, los sexuales son comportamientos fundados en decisiones, en ocasiones, espontáneas o improvisadas, porque las prácticas sexuales no están estandarizadas. Fruto de la inmediatez en la transmisión de ideas, pensamientos, opiniones e imágenes en la actualidad dominante, existe una sensación subjetiva de peligro o alarma de mayor proporción en relación a ciertos delitos y a casos concretos, sobre los que las TIC inciden, por captar un mayor interés social¹³¹.

Este es un fenómeno que, no obstante, aparece ya en una marcada trayectoria, que ha tenido reflejo en la política criminal desde hace más de dos décadas¹³², pero que ciertamente, entendemos que se está viendo espoleado por

¹³⁰ Desde la clásica referencia a ELLIS, H. (1913). *Analysis of the sexual impulse, love and pain, the sexual impulse in women*. FA Davis; pasando por LONDON, L. S. y CAPRIO, F. S. (1950). *Development of the Sexual Impulse in the Child*. En *Sexual deviations* (pp. 32-38). The Linacre Press; hasta los estudios más recientes, como el de TIDWELL, N. D. y EASTWICK, P. W. (2013). *Sex Differences in Succumbing to Sexual Temptations*. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 39(12), 1620-1633. <https://doi.org/10.1177/0146167213499614>.

¹³¹ En este sentido, resulta de sumo interés el estudio de SÁNCHEZ ESPARZA, M. (2014). *La construcción periodística del relato de la corrupción: análisis del tratamiento informativo del Caso Malaya*. [Tesis doctoral. Facultad de Ciencias de la Comunicación. Universidad de Málaga], https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/8845/TDR_SANCHEZ_ESPARZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y, pp.81-87, cuando expone la concepción de teórica del concepto *framing*, señalando que “no son solo esquemas mentales de interpretación del contexto en el que se mueve un individuo, sino también, y sin oposición con lo anterior, marcos de conocimiento e interpretación que funcionan en la vida social”. Revisado el día 23 de julio de 2021.

¹³² En este sentido, sobre la concepción del “peligro” y la expansión de tal planteamiento, como factor legitimador de las respuestas jurídico-penales, en términos generales, resulta imprescindible acudir a los fundamentos dogmáticos asentados por ZAFFARONI, E. R. (2006). *El enemigo en el Derecho Penal*. Ediar Sociedad Anónima Editora, p. 14. Muy interesante resulta la reflexión precisamente sobre la expansión del Derecho Penal ligada al concepto de alarma social que ofrece SÁNCHEZ LÁZARO, F. G. (2008, febrero). Alarma social y Derecho Penal. *InDret*, 1. Recuperado de <https://indret.com>, cuando advierte cómo la influencia mediática, unida a la presión de grupos de interesados –ej. Grupos de víctimas del delito–, llevan a cabo una presión de fuerte contenido emocional. En este mismo sentido, ya apunta Díez RIPOLLÉS, J.L. (2004). La nueva política criminal española. En J.L. Díez RIPOLLÉS, M. CACHÓN CADENAS, A. JORGE BARREIRO et al. *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones* (pp. 11-40). Bilbao, España: Publicaciones de la Universidad de Deusto, cómo aprecia la existencia, siguiendo al autor británico GARLAND, de una “prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana”, donde viene a confirmar cómo “esa preocupación o miedo por el delito ya no se concentran en los ámbitos sociales más conscientes o temerosos

el fenómeno del sensacionalismo mediático, que ha encontrado en los delitos sexuales un foco de interés para centrarse de manera repetitiva en su exposición¹³³. Debemos también referir la especial importancia que, desde hace tiempo, han ido ganando los grupos de presión –expertos y mediáticos–, los lobbies, las ONGs y las asociaciones de víctimas de los diversos delitos.

Como se desarrolló por DÍEZ RIPOLLÉS (2003, p. 30 y ss.)¹³⁴, es conveniente diferenciar, por una parte, los grupos de presión de expertos en la materia. De ellos, el autor meritado destaca que poseen *“un conocimiento especializado del problema social a considerar, con el que están familiarizados y que disponen de los medios materiales y personales para profundizar en su análisis y búsqueda de soluciones”*. Se subraya el modo en el que se *“apropian”* del problema, atendiendo a su *“prestigio”*, realizando un *“acopio de información”*, al que prosigue una fase de *“análisis y estudios”*, para concluir en una propuesta factible de *“intervención o abstención legislativa”* (p. 31).

De tal forma, se benefician de una opinión social concitada sobre el respeto intelectual de sus integrantes y generan una notable influencia en el proceso legislativo, tanto en las cuestiones o estudios preparatorios; como incluso en una fase anterior, en la selección y focalización del problema; y en una posterior a la labor de análisis, como es el planteamiento de las respuestas legislativas o la falta

de la delincuencia, sino que se han extendido a sectores sociales antes relativamente distanciados de tales sentimientos”.

¹³³ El poder de los medios de comunicación como creadores de poder, ya ha sido constatado en diversos estudios. Cabe destacar la obra de BOURDIEU, P. (2001): Poder, derecho y clases sociales. Decleé de Brouwer. En este sentido, también se pronuncia DE LA MATA BARRANCO, N. J. (2007). Los delitos vinculados a las tecnologías de la información y la comunicación en el Código Penal: panorámica general. En AA. VV, *Delito e informática: algunos aspectos* (pp. 41-84). Universidad de Deusto, p. 41.

¹³⁴ En su obra DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2003). *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta.

de respuesta –la ausencia de regulación sobre ciertas realidades constituye en Derecho para encontrarnos en un ámbito de lo permitido o de lo no prohibido–, por destacar los hitos más relevantes.

Frente a lo anterior, este autor resalta la creciente evidencia de que la opinión pública¹³⁵ es capaz de desencadenar cambios legislativos. Véase, como ejemplo paradigmático, la evolución en Estados Unidos, en varios de sus Estados, de las llamadas “Three-strikes laws”¹³⁶ (bajo la máxima *three strikes and you’re out*), actualmente implementadas en un número considerable de Estados a partir de un movimiento de la opinión pública a partir de casos luctuosos que estremecieron al país.

¹³⁵ Sobre el concepto de opinión pública y su influencia en la Ley, y su evolución, debemos señalar las disquisiciones efectuadas en HABERMAS, J. (1981). *Historia y crítica de la opinión pública*. Gustavo Gili, p.142 y ss., cuando establece el alcance moderno de tal conjunción, a partir, esencialmente, del concepto ofrecido por KANT en la Crítica de la Razón Pura, donde la se viene a identificar lo que “debe ser tenido por cierto” con aquellos conceptos de los que se predique “la posibilidad de comunicarlo y de que todo hombre de razón lo halle válido”. En este caso, se puede colegir como la “racionalidad legislativa” del poder público dimana de lo que la opinión pública (el criterio cierto de los hombres razonantes) tiene por válido. En este sentido se interpreta y explora por BARREYRO, M. E. (2015). La tesis de la dependencia y sus consecuencias en la lectura de HABERMAS de la arquitectónica política kantiana. *Themata Revista de Filosofía*, 51, 37-51. <https://doi.org/10.12795/themata.2015.i51.02>

¹³⁶ Normas penales que castigan con cadena perpetua en caso de que el mismo reo hubiere sido ya castigado por tres o más delitos violentos o crímenes graves. Tal regla nació de la presión social ante dos crímenes, como los del asesinato Diane Ballasiotes en 1993 a manos de un violador reincidente en el Estado de Washington, y el caso en California de la muerte de Poly Klass pocos meses después, que promovió decididamente la regla de los “tres avisos” (three-strikes, emulando el concepto del deporte del baseball), que incluso el presidente Clinton consideró, en su Discurso de la Unión de 1994 (el acto de exposición pública de actuaciones del año más relevante del Presidente de Estados Unidos ante el legislativo), una cuestión de política federal, habida cuenta de la ingente presión social en este sentido. A tal efecto, sobre su significación y alcance, se analiza en AUSTIN, J., CLARK, J., HARDYMAN, P. y HENRY, A. (2000). *Three Strikes and You’re Out: The Implementation and Impact of Strike Laws*. U.S. Department of Justice. <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/181297.pdf>. También toma razón de esta cuestión y explica la intrahistoria en el caso del cambio legislativo californiano DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2003, p. 37), *op. cit.* n. 21.

En España, TORRES FERNÁNDEZ (2020, p. 1910)¹³⁷ critica fuertemente la tendencia hacia un discurso mediático en esta materia relacionada con los delitos sexuales como poco riguroso, tendente a la creación de una sensación colectiva de gran frecuencia de casos, aspecto que compartimos plenamente.

Si bien es cierto que, estadísticamente, se aprecia un incremento de las denuncias por delitos sexuales¹³⁸, tal cuestión no indica la mayor frecuencia o incremento –necesariamente– de atentados contra estos bienes jurídicos.

Existen factores que pueden ofrecer una explicación adecuada al aumento de denuncias sin recurrir al incremento de casos reales, como es la mayor sensibilización de la víctima y de la sociedad, o la menor tolerancia ante conductas que antaño se consideraban, o bien intrascendentes, o que siendo relevantes, suponían tal grado de vergüenza en la víctima que las sufría que ésta no denunciaba la comisión del delito. Lo anterior no es óbice para que compartamos con la referida autora que, no obstante, prepondera en el acervo

¹³⁷ En este sentido, véase TORRES FERNÁNDEZ, M. E. (2020). N.s sobre el Derecho Penal sexual y perspectiva de género, en J. DE VICENTE REMESAL J. M. PAREDES CASTAÑÓN, M. DÍAZ y GARCÍA-CONLLEDO (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario* (pp. 1909-1920). Reus.

¹³⁸ V. CANO PAÑOS, M. A. (2021). Los persistentes problemas de la investigación criminológica en España en el ámbito de la delincuencia juvenil. Un análisis a partir de las estadísticas policiales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXXIV, 203-251. https://books.google.es/books?id=TcBAEAAQBAJypg=PA236ylpg=PA236ydq=incremento+delitos+sexuales+fgeysource=blyots=joISxrsH2Vysig=ACfU3U2PA2WvcnBpaCXdAYOKCJQJ7Ecn2Qyhl=esysa=Xyved=2ahUKEwjDncTg_H6AhVBhv0HHVoTAZEQ6AF6BAGSEAM#v=onepageyq=incremento%20delitos%20sexuales%20fgeyf=false, cuando se hace eco de la Memoria de FGE, que apunta a un incremento de los delitos contra la libertad sexual, sin que, como destaca el autor, se efectúen necesarias precisiones sobre las distintas manifestaciones típicas de esta clase de delitos, cuya pormenorización ofrecería unos datos más útiles a los efectos de la lucha contra la criminalidad, a nuestro juicio. En otro orden, también la prensa especializada ya ha dado cuenta de ello, como una realidad alarmante en los delitos sexuales contra menores a través de las TIC, como se destaca, entre otras muchas, en CONFILEGAL. (2021, 6 septiembre). La Fiscalía registró en 2020 un aumento del 55% de casos de acoso sexual a menores en Internet. *Conflegal*. Recuperado 21 de octubre de 2022, de <https://conflegal.com/20210906-la-fiscalia-registro-en-2020-un-aumento-del-55-de-casos-de-acoso-sexual-a-menores-en-internet/>.

colectivo ciertos lugares comunes del lenguaje (ejemplifica su aportación con expresiones que calan en el discurso popular, como “violar sale gratis” o “en poco tiempo estarán en la calle”, entre otras), que rememoran una falsa idea de impunidad o levedad en el tratamiento jurídico-penal de los atentados a la libertad sexual y que conducen a la formación –errónea– de un criterio social de disconformidad con el tratamiento punitivo, por presuntamente laxo, de estas figuras. Ello conduce a una exigencia de la exacerbación de la respuesta punitiva. La citada autora enfatiza en la instrumentalización de la víctima para llevar a cabo un efecto movilizador de la opinión pública. En nuestra opinión y sin perjuicio de tal postura, apreciamos conjuntamente al anterior otro riesgo, también indeseable, como es la sobredimensión del fin preventivo-general intimidatorio de las penas, en detrimento de otros factores, con riesgo de quiebra del principio de proporcionalidad que rige en Derecho Penal¹³⁹ que conlleva instrumentalizar al reo para ejemplificar con su condena y disuadir a los potenciales y futuros sujetos activos¹⁴⁰.

Bajo la premisa por parte de algunos grupos de una sensación colectiva de indefensión ante la violencia sexual, se implementó un discurso que se extrapoló a todos los delitos sexuales en su conjunto, en el que predominaron tres claves: i)

¹³⁹ Como apuntaba CEREZO MIR, J. (2004). *Curso de Derecho Penal español. Introducción* (6ª ed., Vol. 1). Tecnos, p. 31.

¹⁴⁰ El caso más paradigmático ejemplo, actualmente sobre la mesa del legislador español es, precisamente, el Proyecto de la LOGILS, que toma como punto de partida la agresión a una joven en las fiestas de San Fermín en Pamplona (España) el 7 de julio de 2016. Dicho hecho dio lugar a una importante contestación de una parte de la sociedad, espoleada desde distintos sectores, a modo de punto de inflexión a partir de la interpretación de la SAP Navarra Sec. II nº 38/2018, singularmente por el contenido del voto particular, que generó una reacción en una parte de la sociedad como en pocas ocasiones se ha contemplado en los últimos años, como se destaca en MONGE FERNÁNDEZ, A. (2020). «Las Manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales. Tirant lo Blanch, p. 33; PEREIRA GARMENDIA, M. M. (2021). *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales*. Reus, pp. 114-116

necesidad de endurecimiento de las sanciones a los infractores¹⁴¹; ii) imposición de una protección reforzada a la mujer, concibiéndose la violencia sexual esencialmente como una forma de violencia machista; iii) necesidad de una adaptación jurídica de cuestiones que responden a inquietudes que no representan carencias objetivas en el sistema penal de los delitos sexuales, sino que parecen buscar implementar los objetivos más maximalistas del discurso feminista más combativo¹⁴².

1.4. El delincuente sexual estigmatizado como “enemigo” durante y después del cumplimiento de su condena: el Registro de Delincuentes Sexuales y su conflicto con los principios de la responsabilidad penal de los menores.

Con carácter previo a la LOPIVI, ya la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, previó en su disposición final decimoséptima que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, dictará en el plazo de seis meses desde la publicación de la citada ley, las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro Central de Delincuentes Sexuales en el Registro Central de Penados y en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, integrándose en el sistema de registros de apoyo a la

¹⁴¹ En ACALE SÁNCHEZ, M. (2018), Tratamiento penal de la violencia sexual. La forma más primaria de violencia de género, en P. FARALDO CABANA Y M. ACALE SÁNCHEZ (Coords.), *La Manada - un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 71-100). Editorial Tirant lo Blanch.

¹⁴² De imprescindible referencia, en su crítica a tal postura, v. Díez RIPOLLÉS, J. L. (2019). Alegato contra un Derecho Penal sexual identitario. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10. recuperado de <http://criminnet.ugr.es>; en la que se desgana el sentido y las tendencias actuales del Derecho Penal en materia sexual, con la crítica hacia el una evolución del Derecho Penal que protege colectivos y no individuos, y que sitúa al género en un papel preponderante para la construcción de un Derecho Penal de autor –masculino–, que exaspera la intervención punitiva, hasta el punto de que gráficamente señala que “el delincuente sexual se ha convertido, como ya he dicho en alguna otra ocasión, en la bruja contemporánea sobre la que se vierten todo tipo de frustraciones y, por qué no decirlo, de sentimientos de culpabilidad presentes en nuestra sociedad” (p. 28)

Administración de Justicia. En concreto, dicho registro se configuró mediante el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales, en vigor desde el 12 de febrero de 2016.

Por su parte, el art. 3 de la norma reglamentaria meritada estipula que *“el Registro Central de Delincuentes Sexuales constituye un sistema de información, de carácter no público y gratuito, relativo a la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a aquellas personas condenadas en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales o por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, regulados en el Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con independencia de la edad de la víctima. Esta información se referirá a las condenas dictadas tanto en España como en otros países, en particular los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa”*.

En efecto, inicialmente es un sistema ideado para la protección de la infancia¹⁴³, si bien la incorporación de los condenados se dispone respecto de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y/o trata de seres humanos, *“con independencia de la edad de la víctima”*, lo que extiende notablemente el ámbito de su aplicación a todas las formas de delincuencia sexual y a otros delitos, como el señalado de trata con fines de explotación sexual,

¹⁴³ Así lo reconoce el Preámbulo del Real Decreto 1110/2015, que advierte como este instrumento público viene a satisfacer los compromisos dimanante del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, satisfaciendo el compromiso adquirido de contribuir eficazmente al objetivo común de proteger a los niños contra la explotación y el abuso sexual; de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

una de las modalidades típicas, la más estrechamente vinculada a los delitos sexuales.

Es relevante advertir que este Registro contendrá “toda la información penal que conste tanto en el Registro Central de Penados como en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores respecto de quienes hubieran sido condenados en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales, así como por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, con independencia de la edad de la víctima, en los términos previstos en los artículos 8 y 9 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero. Asimismo, deberá constar el código identificador del perfil genético (ADN) del condenado cuando así se haya acordado por el órgano judicial” (cfr. art. 5.1 RD 1110/2015). De esta forma, se exceptúa la especialidad del Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, cuyo destino único inicialmente es el conocimiento de las condenas precedentes de los menores, a los exclusivos efectos su ámbito jurisdiccional especial¹⁴⁴, en tanto que por la remisión expresa de esta clase de información prevista por ministerio del precepto antes indicado, se procede a exorbitar los efectos informativos del Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores a un plano genérico del Registro de Delitos Sexuales.

¹⁴⁴ Como se puede extraer de un análisis conjunto del art. 2.6 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; en correlación con el art. 11 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

El tratamiento del RD 1110/2015 respecto de los registros de mayores de edad –Registro Central de Penados y Rebeldes– y de los menores – Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores– es común, con ligeras especialidades, lo que supone una equiparación a nuestro juicio manifiestamente desacertada por parte de la norma administrativa, por cuanto la naturaleza de las consecuencias del delito en el ámbito de los mayores de edad, esto es las penas y/o las medidas de seguridad –especialmente las primeras– difieren notablemente del sentido de las medidas en el ámbito de la LORPM, con un carácter educativo-sancionador particular, y con la propia finalidad de las medidas que de la misma se determinan.

No podemos, en otro orden, dejar de advertir cómo, ya no solo la constitución de este registro especial, sino también la propia regulación del mismo, obedece a unos postulados de derecho “de autor” o del “enemigo”¹⁴⁵, que irradian desde esta concepción del Derecho Penal sexual a esferas conexas, en la medida que los analizados son instrumentos administrativos que reflejan e

¹⁴⁵ Concepto acuñado por el autor alemán GÜTHER JAKOBS en 1985, en su trabajo publicado en JAKOBS, G. (1985). *Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutverletzung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 751-785. Posteriormente, resulta muy relevante su obra en JAKOBS, G. y CANCIO MELIA, M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo* (1.ª ed.). Civitas. Resultan también de interés los comentarios sobre esta cuestión de RAGUÉS I VALLÈS, R. (2010). El «Derecho Penal del enemigo» en La Expansión del Derecho Penal. En R. ROBLES PLANAS y P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coords.), *La crisis del Derecho Penal contemporáneo* (pp. 87-103). Barcelona, España: Atelier; junto con los de PORTILLA CONTRERAS, G. (2007). Bases teóricas del “nuevo” Derecho Penal schmittiano: el Derecho Penal y procesal penal del “enemigo”. *Revista Ius*. [http://www.revistaius.com/index.php/ius/article /view/177](http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/177). En sentido particularmente crítico, resulta de interés las formulaciones de GÖSSEL, K. H. (2014, 17 abril). Réplica al Derecho Penal del Enemigo: Sobre personas, individuos y personas del Derecho. *Lex*, 11(12). En <http://revistas.uap.edu.pe /ojs/index.php/LEX/article/view/26>. En concreto, y respecto del delincuente sexual, nos parece sumamente acertada la reflexión de RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2016). *Política Criminal, Cultura y Abuso Sexual de Menores*. Tirant lo Blanch, p. 91, cuando afirma, citamos textualmente: “la presentación que de los infractores se hace (referida a los delincuentes sexuales) está plagada de una imagería en la que destaca la utilización del término *pedófilo* (o incluso *pederasta*) sin ningún tipo de criterio psiquiátrico o, incluso más frecuentemente, de un vocablo deshumanizador en el que el autor se nos presenta como un ser demoníaco, monstruoso. Más aun, se llega a considerar como una categoría antropológica de suyo, como *otro* respecto de los ciudadanos *normales*”.

informan sobre intervenciones desde el Derecho Penal, en el ejercicio de las facultades del Estado en esta materia, respecto de sus ciudadanos, mayores de edad y menores en la franja 14-18 años.

En primer lugar, porque no existen otros registros públicos para otra clase de delitos. En adición, no existe tampoco un supuesto semejante de automática notificación de condenas en el ámbito de menores para que puedan proyectar efectos durante la minoría y mayoría de edad del victimario. Por último, cabe objetar también que cuando se alude a delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, las conductas que pueden dar lugar a la potencial condena son de muy diversa gravedad. Así pues, la equiparación a estos efectos de una sentencia de violación frente a un caso de exhibicionismo o de acoso sexual resulta manifiestamente desproporcionado.

Un Registro de Delitos Sexuales compromete seriamente la reinserción social de los penados, contraviene las disposiciones en este sentido establecidas en las norma legal fundamental en materia penitenciaria¹⁴⁶; y despliega, en el caso de condenas a menores, un especial estigma afflictivo que aberra a la naturaleza de la propia LORPM y a los principios informadores de tal rama del Derecho Penal. Las medidas educativo-sancionadoras de la LOPRPM no son penas, ni comparten los fines de éstas, ni pueden conllevar efectos paralelos a la pena en el ámbito de la constatación de las mismas en registros administrativos o

¹⁴⁶ Particularmente, el art. 73 LOGP, cuando señala “Uno. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos; Dos. Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica”.

instrumentos *ad hoc*, sin que ello se confronte de manera adversativa a los principios básicos de la justicia penal de menores.

1.5. La transversalidad del tratamiento de la sexualidad.

La trascendencia de la esfera que se regula en el ser humano en su relación con el entorno, con base en el sexo, la sexualidad y sus manifestaciones dimanantes, como son el erotismo o la pornografía –entre otros–, son conceptos que entroncan con las diversas manifestaciones o facetas que definen a la persona como ser relacional, o “autónomamente relacional” en el marco de la libertad, como apunta MONEREO ATIENZA (2018, pp. 48-49)¹⁴⁷. Por una parte, a través de la sexualidad, se da lugar a la capacidad reproductiva del ser humano. La función de procreación, sin embargo, y a diferencia de otros seres vivos, no es actualmente (en un tiempo pretérito, sí pudo serlo) el papel fundamental de la relación sexual¹⁴⁸.

Precisamente, la disociación entre generación, y todo lo placentero y lujurioso al margen de tal concepto ocupa hoy un papel central en el modo de desarrollarse el ser humano en la sociedad actual.

¹⁴⁷ En MONEREO ATIENZA, C. (2018). Reflexiones actuales sobre libertad y autonomía: la convergencia de capacidad, reciprocidad y relación. *Derechos y libertades*, 39, 177-203. <https://doi.org/10.14679/1086>, pp. 186 y ss.

¹⁴⁸ Precisamente, abunda sobre la dicotomía entre la función reproductiva y relacional de la sexualidad humana, en el principal énfasis de la segunda de éstas, MORENO ESPARZA, H. (2017). La sexualidad reproductiva como paradigma epistemológico. *Revista De Estudios De Antropología Sexual*, 1(6), 24-45. <https://revistatest.inah.gob.mx/index.php/antropologiasexual/article/view/10839>

Por ello, todas las sociedades construyen sus parámetros éticos y jurídicos en consideración a las relaciones entre sus integrantes en diversos planos, donde el sexual ocupa un papel preponderante por su carácter estructural. Es decir, la sociedad, como conjunto de individuos, se basa en las relaciones entre sus integrantes ligadas a la propia existencia, que requiere de una función reproductiva humana, pero también del libre desarrollo de la personalidad que comporta el ejercicio de las diversas manifestaciones de la sexualidad.

Aun cuando, ya anticipamos, hemos de criticar con convencimiento la sobredimensionada influencia de los conceptos de la moral sexual en el ámbito del Derecho Penal actual, no podemos dejar de advertir que, inevitablemente, la construcción de un marco jurídico de protección de la libertad e indemnidad sexuales se hunde en una serie de planteamientos sociales que mayoritariamente desapruueban ciertas conductas, particularmente cuando de menores se trata, con independencia de la constatación empírica de un daño en el caso concreto.

Es decir, la desaprobación de la relación sexual entre un menor de 14 años con una pareja de mucha mayor edad, no se fundamenta en la constatación de un perjuicio efectivo y real para el desarrollo de la personalidad sexual del menor en ese momento, puesto que puede producirse o no, sino en la desvaloración de tal conducta por ser ofensiva a los parámetros relacionales o de interacción en el plano sexual, que mayoritariamente nuestra sociedad estima como aceptables, y en los que la sexualidad entre adultos y menores se concibe como un factor

negativo y potencialmente nocivo para los menores¹⁴⁹. Es decir, se atiende más a la potencialidad lesiva frente a la lesividad real.

NIETO PIÑEROBA (2003, p. 34)¹⁵⁰ señala que “*las culturas dan forma y contenido a las conductas, a las experiencias y a los actos sexuales en sociedad. Las culturas articulan, vertebran, codifican y perfilan las prácticas sexuales de sus ciudadanos. Enmarcan, etiquetan y regulan la vida sexual*”. Por ende, resulta ineludible para cualquier sociedad ofrecer una respuesta inmediata, desde las estructuras de poder del Estado y de los actores políticos sobre los parámetros de legalidad y prohibición en el ámbito sexual, respecto de los integrantes de dicha estructura. Desde los regímenes totalitarios –aduciendo razones de moralidad u orden público¹⁵¹, incluso demográficas¹⁵²– hasta las democracias más avanzadas,

¹⁴⁹ Que supone el sustrato de la indemnidad sexual, como extensamente trataremos en la parte segunda de esta tesis. Una concepción de la necesidad de dicho bien jurídico, con diversos matices y acorde a esta idea, se viene a sostener por ROPERO CARRASCO, J. (2014). Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 225–300. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2083>; MENDOZA CALDERÓN, S. (2014). *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores: Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*. Tirant lo Blanch, pp. 183 y ss.; RAMÓN RIBAS, E. (2015). Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada. En C. VILLACAMPA ESTIARTE (Coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores* (pp. 189-237). Aranzadi, p. 203; BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2022a). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M.A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2ª Ed., pp. 199-220). Editorial Comares, pp. 201-202; MUÑOZ CONDE, F. (2022). *Derecho Penal Parte Especial* (24ª Ed.). Tirant lo Blanch, p. 225.

¹⁵⁰ Vid. NIETO PIÑEROBA, J. A. (2003). Reflexiones en torno al resurgir de la antropología de la sexualidad. En J. A. NIETO PIÑEROBA (Ed.), *Antropología de la sexualidad y diversidad cultural* (pp. 15-52). Talasa.

¹⁵¹ A tal efecto, a título puramente ilustrativo, el delito de sodomía, castigado en más de 71 países del mundo, como se destaca del informe de la CARROLL, A. y MENDOS, R. L. (2017). *Homofobia de Estado 2017: Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*. Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_Homofobia_de_Estado_2017_WEB.pdf

¹⁵² Véase la llamada “Ley del hijo único”, aprobada en 1979 en la República Popular China, vigente hasta su derogación en el Plan quinquenal 2016-2020, estudiado pormenorizadamente en Ruan, L. (2018). *Política de planificación familiar y educación secundaria en China. Estudio del caso de la provincia de Guangdong*. (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 89 y ss., en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/139605/DTHE_LiaoR_Planificaci%C3%B3nfamiliar.pdf?sequence=1&isAllowed=y, recuperado el 26 de enero de 2022.

pasando por todas y cada una de las religiones de mayor nivel de seguimiento, con sus respectivos sistemas normativos, que en ocasiones se implementan por Estados confesionales, regulan, de alguna forma más o menos permisiva¹⁵³, incisiva o intromisiva, la cuestión sexual¹⁵⁴.

En unas ocasiones, para controlar todas las manifestaciones positivas y negativas de la misma (lo que, evidentemente, dista de nuestro concepto de libertad sexual, sino más bien, se podría entender como un dogma sexual estatal o religioso). En otras, sólo para establecer unos límites en esta clase de relaciones, basados en distintos factores (edad, consentimiento, madurez, desarrollo intelectual y volitivo, naturaleza de la práctica sexual, etc.). En todo caso, la injerencia del poder punitivo en la esfera sexual es una cuestión que no es nueva, aunque sí se presenta, a nuestro entender, de una manera preocupantemente expansiva¹⁵⁵.

¹⁵³ En este sentido, podría referirse el modelo de los Países Bajos, en materia de prostitución, cuando se derogó en su Código Penal los arts. 250bis y 432, que sancionaban penalmente a los burdeles. Actualmente, existe una permisión de locales de prostitución a través de la legislación administrativa municipal, y sí se sanciona penalmente la explotación de personas con fines sexuales, cuando se ejerza de una manera coactiva, o se lleve a cabo respecto de menores de edad, o en el marco de la trata, como se analiza por Wegener, L. (2011) *Asomo de esperanza o mala luz. La prostitución en los Países Bajos: política e imágenes en la prensa* [Trabajo Fin de Master, Universidad de Utrecht, Países Bajos], en <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/191659/Asomo%20de%20esperanza%20o%20mala%20luz.%20La%20prostitucion%20en%20los%20Países%20Bajos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

¹⁵⁴ A tal efecto, véase lo que refiere VALCÁRCEL, M.S. (2017) Erotismo, Sexualidad y Cultura Islámica: N.s sobre lo impensado pensable, en *Anaquel de Estudios Árabes*, nº 28, p. 182, en su estudio sobre la influencia de la tradición islámica en la esfera sexual, centrada, por ejemplo, en la cuestión de la procreación, bajo la consideración de *haram* (lo que vendría a suponer el paralelo cristiano del pecado) las manifestaciones de la *zina*, entendida como la relación sexual extramatrimonial, adultera o de mera fornicación. En semejantes términos, en el ámbito del cristianismo, puede hacerse referencia a la propia Biblia (vid. 1Co 6, 15. 19. 20), en la censura del sexo extramatrimonial, cuando se acude a la censura de tales actividades con las “rameras”.

¹⁵⁵ A tal efecto, véase las reflexiones de DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1981). *El Derecho Penal ante el sexo*. Bosch, ya en los años 80, en una obra que entendemos indudablemente cardinal, en el tema que nos ocupa, por cuanto se constituye en una suerte de “parte general del Derecho Penal sexual” (expresión del maestro de nuestra escuela, D. JOSÉ CEREZO MIR, que prologó la obra). Dicho estudio, aun transcurridos ya algo más de cuarenta años de su publicación, sigue siendo de plenamente vigente en buena parte de sus planteamientos. Debemos enfatizar, cómo él mismo apunta en varias ocasiones (*op. cit. supra*, cfr. p. 29 y 87, nn. 86 y 260, respectivamente), el concepto de la “función troqueladora” del Derecho Penal, siguiendo a CERQUA,

2. Objeto de la investigación. Planteamiento del problema jurídico de las relaciones sexuales con/entre menores en las cláusulas “Romeo y Julieta” y los problemas derivados del concepto de consentimiento sexual.

El principal problema que se aborda en esta tesis doctoral gira entorno al estudio de cómo conjuga el Derecho español la protección jurídica de los menores –particularmente, en la esfera penal– y el desarrollo de su esfera sexual, en la necesaria coexistencia de un ámbito de libertad y desarrollo personal de los mismos, y en el marco de una evolución o maduración sexual¹⁵⁶ que, conlleva, entre otros factores, un descubrimiento y auto-percepción del desarrollo corporal, y habitualmente, una interacción sexual con terceros, junto con la necesidad de una tutela y protección adecuada, a propósito de una figura jurídica, como es la de la cláusula prevista en el artículo 183 bis del vigente Código Penal, una manifestación de lo que se ha venido a llamar Cláusulas

concibiéndose por este autor “referido a individuos o grupos aislados que tienden a apartarse de valores ampliamente mayoritarios”. DÍEZ RIPOLLÉS, sin embargo, y con gran tino, apunta a reformular este concepto en el ámbito de los delitos sexuales, en la idea de la relevancia de los posibles efectos (entiéndase, de la “función troqueladora”) “sobre las convicciones sociales mayoritarias y no sobre pequeños sectores sociales, potencialmente delinquentes en cuanto negadores de tales convicciones”. De hecho, se hace eco en tal obra de cómo clásicos, advierten de la inconveniencia de que el Derecho Penal “en un estado pluralistamente organizado” se atribuya “una labor formadora de las costumbres sexuales” (*op. cit. supra*, cfr. p. 26, siguiendo a LANTZKE, *apud* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L), y llegando, como refiere de HANACK y HELLMER (*op. cit. supra*, cfr. p. 27 y n. 79 de su obra, *apud* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L), a un “empobrecimiento moral del pueblo, pues eso ocurriría si el pueblo pasa a ver en su Código Penal su Código Moral y el juez penal su instancia moral”.

¹⁵⁶ En este sentido, sobre el concepto de maduración y evolución de la sexualidad, hemos de advertir cómo desde la pediatría, se aborda la cuestión por diversos autores, entre otros, por ser los más conspicuos, HORNOR, G. (2004). Sexual behavior in children. *Journal of Pediatric Health Care*, 18 (2), 57-64. [https://doi.org/10.1016/s0891-5245\(03\)00154-8](https://doi.org/10.1016/s0891-5245(03)00154-8); SANDFORT, T., y RADEMAKERS, J. (2000). *Childhood Sexuality*. Amsterdam, Países Bajos: Amsterdam University Press. También relevante la aportación de RADEMAKERS, J., LAAN, M., y STRAVER, C. J. (2000). Studying Children’s Sexuality from the Child’s Perspective. *Journal of Psychology y Human Sexuality*, 12(1-2), 49-60. https://doi.org/10.1300/j056v12n01_04. En este mismo sentido, acerca de la evolución sexual durante la infancia, profundizan autores como BLÜMEL MÉNDEZ, J. E., CASTELO-BRANCO FLORES, C. y VALLEJO MALDONADO, S. (2005). La sexualidad en las diferentes etapas de la vida. En J. J. DE LA GÁNDARA MARTÍN y A. PUIGVERT MARTÍNEZ (Coords.), *Sexualidad Humana* (1.ª ed., pp. 55-63). Madrid, España: Editorial Médica Panamericana.

“Romeo y Julieta” o *Close-In-Age Exemptions*, en inglés. En la misma se acuden a conceptos extrapenales e indeterminados como son el criterio cronológico de la proximidad en edad y al criterio madurativo, que al desarrollo físico y madurez psicológica, para perfilar el contorno de exención de la responsabilidad criminal.

Para efectuar este análisis, nuestra intención es la de tratar de separar nítidamente el análisis científico o jurídico-penal frente a las valoraciones de otro sesgo, como son las cuestiones morales, políticas o religiosas, aun cuando se trata de una tarea compleja en la materia que nos ocupa. Ello no desautoriza la investigación y sus resultados, pero es honesto contextualizar tales elementos.

Los aspectos más sobresalientes sobre los que vamos a centrar nuestra investigación se pueden vertebrar sobre las siguientes cuestiones:

1º) La determinación de la naturaleza jurídica del art. 183 bis CP: argumentos para su concepción como una causa de atipicidad, como una causa de justificación, causa de exclusión de la culpabilidad, o como una excusa absolutoria, partiendo de la premisa de considerar la cláusula *ab initio* una causa de atipicidad, a fin de comprobar o refutar esta impresión preliminar.

2º) El estudio del origen y antecedentes existentes en la legislación nacional e internacional y jurisprudencia comparada (Naciones Unidas, Consejo de Europa y Unión Europea), valorando los patrones en el marco internacional en esta materia de elevación de las fronteras punitivas del Derecho Penal sexual.

3º) Ponderación de la satisfacción de las exigencias básicas de los principios de legalidad penal, taxatividad y seguridad jurídica, respecto de la cláusula analizada, con relación a otros principios o derechos en liza, particularmente la libertad e indemnidad del menor para su relación interpersonal.

4º) Estudio del consentimiento libre como presupuesto de aplicación de la cláusula, así como de sus elementos o requisitos. Análisis de los conceptos de proximidad en edad y proximidad en grado de desarrollo o madurez física y psicológica, a la luz del estudio dogmático y de los precedentes judiciales.

5º) Estudio de la influencia de la moral sexual dominante, desde el planteamiento del hecho del condicionamiento cultural de las relaciones sexuales, que da contenido e influye en los bienes jurídicos tutelados por estos delitos.

6º) Propuestas interpretativas tras la modificación de la LOGILS de 2022 y propuestas de *lege ferenda*.

CAPÍTULO II.- EL MENOR Y SU SEXUALIDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA EVOLUCIÓN FISIO-BIOLÓGICA DEL MENOR Y DE LAS BASES PSÍQUICAS DEL DESARROLLO DE SU PERSONALIDAD SEXUAL

1. Sexualidad y evolución biológica del menor en el ámbito sexual.

La sexualidad humana es definida por la Organización Mundial de la Salud de las Naciones Unidas ¹⁵⁷ (OMS) como un “aspecto central del ser humano que está presente a lo largo de su vida. Abarca el género, la orientación sexual, el erotismo, el placer, la intimidad y la reproducción”. En este sentido, de la definición de la máxima autoridad sanitaria a nivel mundial, como referencia, podemos advertir que la presente tesis pretende aproximarse a uno de los ámbitos centrales de la evolución y desarrollo del ser humano. La sexualidad no es, por tanto, una herramienta, sino un elemento que definidor del sustrato de la personalidad¹⁵⁸.

No obstante, a diferencia de otros enfoques, incuestionablemente interesantes y fructíferos para otras ramas del saber, nuestra perspectiva desde el Derecho Penal no es ni puede pretender ser constructiva de los conceptos sexuales, ni debe aspirar a crear una doctrina sexual (aunque, inexorablemente, ingresa en esa esfera, al regular los tipos sobre la materia), sino que el enfoque

¹⁵⁷ V. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2018). *La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo* [Sexual health and its linkages to reproductive health: an operational approach], p. 3 Recuperado de <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf>

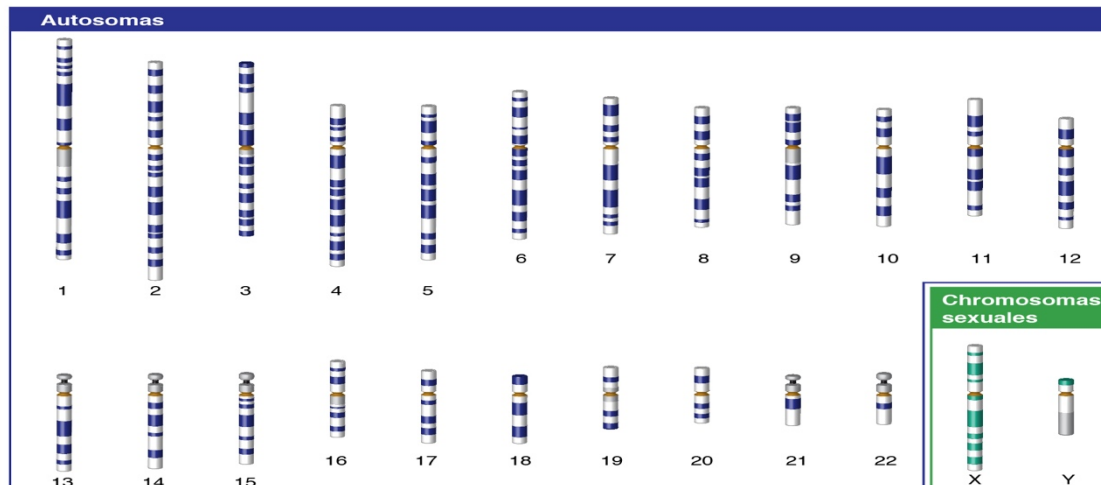
¹⁵⁸ V. LÓPEZ, F. y FUERTES, A. (1989). *Para comprender la sexualidad*. Ed. Verbo Divino.

esencial, primario y decididamente diferencial es la protección jurídica, a través del ejercicio por parte del Estado de su máxima potestad punitiva, para la tutela de la esfera sexual desde dos perspectivas: la libertad sexual (que, como vamos a advertir, admite una manifestación tanto positiva como negativa), y la indemnidad sexual (concepto no coincidente con el anterior, que se predica exclusivamente respecto de ciertos sujetos que no se les reconoce plenamente aptitudes intelectivas y volitivas necesarias para involucrarse en una conducta sexual con un consentimiento válido).

1.1 El concepto biológico-fisiológico de la sexualidad.

La sexualidad es un elemento intrínseco al concepto de ser humano, a su concepción puramente biológica, como un ser vivo sexuado, de estructuras celulares diferenciadas (eucariota y pluricelular). El ser humano está dotado cromosómicamente de un binomio, un alosoma que resulta esencial para la determinación biológica del sexo. Véase la imagen ilustrativa, una representación

de un cariotipo, donde se destaca los cromosomas sexuales, celularmente haploides, en relación con las demás células diploides¹⁵⁹:



Así pues, nada resulta más consustancial al propio ser humano que, desde el primitivo momento de la generación de la vida, esa determinación biológica, mediante la combinación de los cromosomas sexuales, que pueden originar, de la unión de un cromosoma X¹⁶⁰ y un cromosoma Y¹⁶¹ un hombre; o bien, mediante dos cromosomas XX, una mujer¹⁶².

¹⁵⁹ Imagen obtenida del NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE, Bethesda, Maryland (EE.UU), visto en <https://www.genome.gov/es/genetics-glossary/Cromosoma-sexual>. Se llama célula haploide con un único conjunto de cromosomas; diploide, una célula con conjuntos emparentados, uno de cada progenitor. De la unión de los dos elementos haploides, aparece la conjunción cromosómica determinante del sexo.

¹⁶⁰ Como se explica por LUCAS MATHEU, M. (2005). El proceso de sexuación. En J. J. DE LA GÁNDARA y A. PUIGVERT (Coords.), *Sexualidad humana. Una aproximación integral* (1ª ed., pp. 11-19). Editorial Médica Panamericana, p. 12-13, tal cromosoma está “lleno de genes responsables de funciones vitales”, entre los que se destacan el “SOX9 o el DAX1, antagonista del SRY, que influyen en la determinación del sexo”

¹⁶¹ El cromosoma contiene, según LUCAS MATHEU, M. (2005), *op. cit. supra*. p. 12, “unos pocos genes, entre ellos el que controla la diferenciación testicular (ZFY), un gen que contribuye al crecimiento estatural (GcY), un gen que codifica una proteína expresada específicamente por las espermátides (TSPY), el gen AZF, cuya ausencia determina una azoospermia, un gen que codifica un antígeno del grupo sanguíneo (MIC2) y el gen HY que controla la expresión del polémico antígeno HY, al que durante mucho tiempo se consideró responsable de la diferenciación testicular”.

¹⁶² Nótese cómo existen alteraciones o enfermedades genéticas, las llamadas aneuploidías, por alteración de esta regla general, que es la disomía -la existencia de dos cromosomas-, que debemos mencionar

Durante las fases iniciales de la gestación nos encontramos ante el primer estadio del proceso de sexuación, en el que intervienen genes, proteínas y hormonas.

Como señalan GUERRERO FERNÁNDEZ *ET ALII* (2018, pp. 315-e1 y ss.)¹⁶³, “la primera etapa del desarrollo gonadal y genital es común a ambos sexos y abarca las primeras 6 semanas de posfecundación; en ella, el embrión es pluripotencial. A partir de la 7ª semana comienza la diferenciación gonadal regulada por multitud de genes, entre los cuales la presencia del gen SRY en el cromosoma Y es determinante para el desarrollo del testículo. La diferenciación genital (interna y externa) es regulada por el efecto, en el varón, de las hormonas sintetizadas por el testículo (testosterona y hormona antimülleriana) o, en la mujer, por la ausencia de dichas hormonas. Cualquier alteración, de origen medioambiental o genético, que afecte a cualquiera de estos niveles determina el desarrollo inadecuado de gónadas (disgenesia gonadal), de genitales internos (ausentes o que no deberían estar presentes) y/o externos (insuficientemente o excesivamente virilizados)”.

Debemos en este momento diferenciar el concepto de los llamados caracteres sexuales primarios frente a los secundarios. Entendemos por primarios

exclusivamente a efectos ilustrativos, como son, en la categoría de las monosomías, el Síndrome de Ullrich-Turner que afecta a algunas mujeres, con un solo cromosoma “X” -vid CIE-10, código Q96-; en las trisomías, el Síndrome de Klinefelter, con una combinación XXY, que produce varones con ciertas alteraciones intelectuales y gonadales -vid CIE-10, código Q98- o el Síndrome de Triple X, llamadas “superhembras”, con una trisomía del cromosoma X -vid CIE-10, código Q97-, con ciertos problemas del lenguaje y en el plano reproductivo.

¹⁶³ En GUERRERO-FERNÁNDEZ, J., AZCONA SAN JULIÁN, C., BARREIRO CONDE, J., *et alii* (2018). Guía de actuación en las anomalías de la diferenciación sexual (ADS) / desarrollo sexual diferente (DSD). *Anales de Pediatría*, 89(5), 315.e1-315.e19, <https://doi.org/10.1016/j.anpedi.2018.06.009>

aquellos de naturaleza cromosómica¹⁶⁴ que se manifiestan en los órganos sexuales como “rasgos que distinguen fenotípicamente al hombre y a la mujer. Los caracteres sexuales primarios incluyen los testículos y el aparato genital masculino en el varón, y los ovarios y el aparato genital femenino en la mujer”¹⁶⁵.

El genotipo se entiende como la herencia genética de un individuo. Frente a ello, el fenotipo, se concibe como aquellos elementos observables o externamente diferenciables, a través de los que se expresa un determinado genotipo (o herencia genética) en un cierto ambiente. Es decir, el fenotipo de un individuo, es la expresión externa del genotipo, en correlación con un ambiente concreto, como colige OLIVA (2004, p. 25-26)¹⁶⁶.

Así pues, frente a esos caracteres sexuales primarios, aparecen otros, que llamamos secundarios o gonadales, los cuales suponen una serie de signos visibles y diversos del aparato reproductor, que definen externamente al hombre de la mujer. Los caracteres primarios son esencialmente definitivos, mientras que los secundarios, naturalmente desarrollados en una fase posterior al nacimiento,

¹⁶⁴ Así los consideran BOTELLA LLUSIÀ, J., y CLAVERO NÚÑEZ, J. (1993). *Tratado de ginecología* (14.ª ed.). Madrid, España: Díaz de Santos, p. 787, que, no obstante, critican tal clasificación.

¹⁶⁵ Véase en Términos del diccionario médico de la Clínica Universidad de Navarra. (s. f.). Recuperado 15 de abril de 2020, de <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/caracteres-sexuales>. Tales elementos se desarrollan primitivamente, según LUCAS MATHEU (2005), *op. cit.* n. 160, p. 13-14, a partir de las 5-7 semanas de vida embrionaria; y una vez se han constituido y diferenciado las gónadas en el proceso embrionario, serán las hormonas las que desarrollen el proceso de sexuación (esencialmente los estrógenos, la progesterona en el género femenino; y la testosterona, la 5-alfa-dehidrotestosterona y el factor de inhibición mülleriana en el feto con gónadas masculinas).

¹⁶⁶ Terminológicamente, se generaliza el uso de estos términos, acuñados por el danés Johannsen, en el ámbito de la botánica, en concreto, en JOHANNSEN, W. (1909). *Elemente der exakten erblichkeitslehre. Deutsche wesentlich erweiterte ausgabe in fünfundzwanzig vorlesungen*. (Digitalizado por Biodiversity Heritage Library ed.). <https://doi.org/10.5962/bhl.title.1060>.

La diferenciación que plasmamos se explica en OLIVA, R. (2004). Fenotipo y genotipo. En *Genética médica* (pp.25-26). Recuperado de <https://books.google.es/books?id=9sCJ80bEsRsCypg=PA96ydq=fenotipo+y+genotipo&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjGdvT6OroAhWzAGMBHZOeBe8Q6AEIKDAA#v=onepage&q=genotipo&f=false>

a lo largo de la etapa de la pubertad, suponen la manifestación de una fase de maduración sexual en el plano físico y psíquico.

No obstante, ese desarrollo madurativo, que marcamos como definidor de la etapa de pubertad, técnicamente admite matices. Ello, en la medida de que, comúnmente se acepta en la pediatría la existencia de una evolución sostenida del menor desde la infancia, que inicia en el nacimiento en la etapa pre-puberal en la que se pueden diferenciar, sucintamente, las siguientes etapas¹⁶⁷:

FASES	RASGOS DISTINTIVOS
Etapa preescolar (menor de 4 años)	- Exploración y exhibición de los genitales, en público y privado. - Desnudarse o quitarse ropa en público. - Preguntas acerca de las funciones corporales, incluidas las sexuales.
Primera infancia (4-6 años)	- Tocamientos a propósito de las partes íntimas, incluso en presencia de terceros. - Comportamientos miméticos (dar la mano, besar). - Hablar de partes íntimas o usar alguna palabra malsonante sin conocimiento del significado.

¹⁶⁷ Adaptado de *Sexual development and behavior in children*. (s. f.). Recuperado 15 de febrero de 2022, de https://www.nctsn.org/sites/default/files/resources/sexual_development_and_behavior_in_children.pdf

	- Jugar con niños/as de su edad a la exploración el cuerpo humano.
Infancia intermedia (7-12 años)	- Tocamientos de partes íntimas, predominantemente en privado. - Visionado de imágenes o audición de expresiones o locuciones con potencial contenido sexual. - Acentuación del sentido del pudor al desvestirse ante terceros y mostrar desinterés en la conversación sobre cuestiones con cariz sexual.

Respecto a la pubertad el concepto a su vez es complejo en la medida que no existe un estándar común a todos los seres humanos para determinar ese momento. Generalmente, en el ámbito de la mujer, se ha venido adoptando el criterio de la menarquia o primera menstruación¹⁶⁸, mientras que, para los hombres, se sigue un criterio más homogéneo, puramente cronológico¹⁶⁹, al no existir signos externos de la capacidad fecundativa que permitan una estandarización de la población, como sí sucede con el sexo femenino; si bien, es colegible una maduración sexual más precoz, como media, en la mujer que en el varón¹⁷⁰. En ese marco, en la pubertad se producen importantes cambios

¹⁶⁸ V. BOTELLA LLUSIÁ y CLAVERO NÚÑEZ (1993, *op.cit.* n. 164, p. 75), establecen la edad en 13,4 años de promedio en la mujer. Por su parte, otros autores, como HALES, R. E., y YUDOFKY, S. C. (2005). *Tratado de Psiquiatría Clínica* (4ª ed., reimpresión). Masson, p. 89, la cifran en la edad de 12,7 años (citando a ZACHARÍAS).

¹⁶⁹ V. HALES y YUDOFKY (2005, *op. cit.*, p. 89), cifran la edad en 12 años, con un brote máximo a los 14 años y un declinar a partir de los 16-17 años.

¹⁷⁰ V. BOTELLA LLUSIÁ y CLAVERO NÚÑEZ (1993, *op.cit.* n. 164, p. 75)

fisiológicos, que podemos sintetizar a través de la siguiente correlación, que describe TEMBOURY (2009)¹⁷¹:

- i) Cambios endocrinológicos: Segregación de las gonadotropinas Hormona luteinizante (LH) y hormona folículo estimulante (FSH). En concreto, es relevante la afección del eje hipotálamo-hipófiso-gonadal, el aumento de la leptina .

Como refieren, en este sentido MUÑOZ CALVO y POZO ROMÁN (2011, p. 508), se verifica¹⁷²: 1) incremento de estímulos excitatorios de las neuronas secretoras de GnRH (vía glutamato, kisspeptina, neurokinina, disminución de los estímulos inhibitorios, disminución del estímulo de neuronas gabaérgicas y de neuronas productoras de sustancias opioides); 2) las células de la glía contribuyen a la activación de la secreción de GnRH a través de la liberación de factores de crecimiento que actúan sobre receptores de las neuronas GnRH (factor de crecimiento transformador tipo β [TGF β], factor de crecimiento epidérmico, factor de crecimiento similar a la insulina tipo 1 IGF-I); y 3) los efectos inhibitorio más importantes se efectúan por el ácido gamma aminobutírico (GABA) y las neuronas opiáceas.

¹⁷¹ V. TEMBOURY MOLINA, M.C. (2009). Desarrollo puberal normal: Pubertad precoz. *Pediatría Atención Primaria*, 11(Supl. 16), 127-142. Recuperado en 18 de abril de 2020, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1139-76322009000600002&lng=es&tylng=es.

¹⁷² V. MUÑOZ CALVO, M. T. y POZO ROMÁN, J. (2011). Pubertad normal y sus variantes. *Pediatría Integral*, 6(15), 507-518, que ilustran el marco de evolución “normal” en los factores de vello pubiano, desarrollo genital (testicular) y mamario, como elementos comparativos, para diferenciar trastornos endocrinológicos frente a desarrollos estandarizados de los órganos sexuales y caracteres sexuales secundarios.

ii) Cambios en el aparato reproductor: crecimiento del pecho y maduración del sistema reproductor femenino -en la mujer-; síntesis de testosterona en las glándulas testiculares (células de Leydig) -en el hombre-¹⁷³.

iii) Cambios cutáneos (acné, desarrollo de vello corporal y facial -en el caso masculino, este último-)¹⁷⁴.

Estas cuestiones de desarrollo fisiológico tienen una relevancia penal clara, por cuanto el Código Penal ha introducido en 2021, en la cláusula del art. 183 bis actual CP, en el criterio de proximidad en grado de desarrollo “físico”, a los efectos de la exclusión de la tipicidad en las relaciones sexuales con menores de 16 años de edad. A falta de una exégesis dogmática o jurisprudencial consolidada, por la novedad de tal redacción, debemos plantear las diversas interpretaciones que se podrían sugerir al respecto de qué se debe entender por proximidad en desarrollo físico, a saber:

i) Una primera hipótesis es que la proximidad¹⁷⁵ de desarrollo físico se identifique con la pubertad¹⁷⁶, de manera que siempre que el sujeto

¹⁷³ Referimos las figuras 2 a 5 del estudio señalado de MUÑOZ CALVO, M. T. y POZO ROMÁN, J. (2011), *op. cit.* n. anterior, donde se describen gráficamente estas evoluciones fisiológicas.

¹⁷⁴ V. WU CHAN, M. y ORLOW, S. J. (2009). Dermatología neonatal, infantil y del adolescente. En T. B. FITZPATRICK (Ed.), *Dermatología En Medicina General* (7ª ed., Vol. 4, pp. 935-955). Editorial Médica Panamericana, pp. 945 y ss.

¹⁷⁵ Así, la interesante aportación de GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La sexualidad de los jóvenes: Criminalización y Consentimiento* (Art. 183 quater del Código Penal). Tirant lo Blanch, p. 137 y ss., explora la complejidad del concepto de proximidad en el ámbito que nos ocupa, puesto que la valoración de la proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez -ya en su redacción anterior a la reforma de 2021-, supone para la autora, aspecto que compartimos plenamente, un “proceso incierto e indeterminado, que no resiste bien el análisis del principio de legalidad, desde la óptica del principio de taxatividad”.

¹⁷⁶ Un aspecto clave es que los cambios fisiológicos propios de la pubertad se están adelantando desde hace 150 años, debido a las mejoras en las condiciones sanitarias, alimenticias y de higiene social, como se constata en el estudio de PARENT, A. S., TEILMANN, G., JUUL, A. *et al.* (2003). The Timing of Normal Puberty and the Age Limits of Sexual Precocity: Variations around the World, Secular Trends, and Changes after

pasivo fuera púber (presumiendo que el activo ha de serlo forzosamente, al ser mayor, en todo caso, de 14 años), podría aplicarse la cláusula, cumplidos los demás requisitos. Esta posibilidad, no obstante, puede resultar quizá redundante con el propio concepto de edad como primer requisito binomial para la aplicación de la cláusula, además de lo indeterminado de establecer el inicio y finalización de propia etapa de la pubertad.

- ii) Otra posibilidad sería la valoración del desarrollo corporal general para determinar el grado de proximidad en desarrollo físico entre los sujetos analizados, a través de criterios estadísticos de desarrollo puramente mesurables basados en patrones de comparación (altura, peso, IMC, etc.).

Son parámetros que permiten la comparación física de magnitudes, pero que entendemos que se presentan como poco propicios para permitir colegir, de su correlación, una mayor o menor capacidad para otorgar un consentimiento libre, autónomo y jurídicamente excluyente de la responsabilidad criminal del otro partícipe (responsable) de la relación o interacción sexual.

Migration. *Endocrine Reviews*, 24(5), 668-693, <https://doi.org/10.1210/er.2002-0019>. Particularmente, en Aragón, debemos referir un estudio con impacto nacional, realizado en 2003, por un equipo científico, dando como resultado la obra de LONGÁS, Á. F. (2005). *Estudio longitudinal de niños españoles normales desde el nacimiento hasta la edad adulta*. Fundación Andrea Prader, donde se constata cómo en esta región española, la edad de inicio del desarrollo mamario era de $10,6 \pm 1,0$ años, la edad media de inicio del desarrollo testicular de $12,3 \pm 1,1$ años, y la edad media en la cual se presenta la menarquia entre $12,7 \pm 0,9$ años. Para un estudio de esta cuestión más profundo, resulta referencial la obra de GÜEMES-HIDALGO, M., CEÑAL GONZÁLEZ-FIERRO, M. J., e HIDALGO VICARIO, M. I. (2017). Desarrollo durante la adolescencia. Aspectos físicos, psicológicos y sociales. *Pediatría Integral*, 4(21), 233-244.

iii) Una última, quizá la más extrema, pasaría por efectuar una comparación puramente anatómico-genital, de etapas o fases de desarrollo gonadal o de caracteres sexuales externos¹⁷⁷.

No pudiendo prescindirse, en la exégesis de *lege lata*, del concepto de proximidad en desarrollo físico, entendemos que tal cuestión ha de ser interpretada –una vez introducida, a nuestro juicio, de manera improcedente en la redacción de la cláusula– de la forma más amplia posible, de manera que la comparación física solo sea una cuestión puramente accesorio, siempre ligada a la existencia de alguna concreta afección para el sujeto pasivo que sea evidenciable desde este plano, y que pueda afectar a la validez de su consentimiento¹⁷⁸.

Muy diferente es la comparación del grado de madurez psíquica, que sí posee un sentido relevante en el ámbito que nos ocupa, puesto lo que se trata de valorar es el alcance actual o potencial de una afección negativa para el libre –y adecuado– desarrollo de la personalidad sexual, sin que en ello tenga relevancia, en principio y salvo excepciones absolutamente singularizables, la proporción física o anatómica de los intervinientes.

No obstante, es una cuestión sobre la que no existe actualmente una respuesta unitaria, ni un criterio dominante en la interpretación, por su

¹⁷⁷Nos remitimos a las Figuras 2 a 5 del estudio de GÜEMES-HIDALGO, M., CEÑAL GONZÁLEZ-FIERRO, M. J., e HIDALGO VICARIO, M. I. (2017), *op. cit.* n. anterior, que se extraen, en este caso, de MUÑOZ CALVO, M. T. y POZO ROMÁN, J. (2011), *op. cit.* n. 172. Esta cuestión se analizará en el Capítulo III de la Parte IV de esta Tesis.

¹⁷⁸ La proximidad en madurez se tratará, nuevamente, en el Capítulo III de la Parte IV de esta Tesis.

recentísima incorporación a la letra de la norma, que no podemos dejar de criticar por ser contraproducente su inclusión, puesto que deturpa el sentido de la cláusula al situar en plano de igualdad la comparación del grado de madurez psicológica y el grado de desarrollo físico.

1.2. Breves notas de la evolución de la sexualidad del menor en la esfera psíquica. Estructuras de la identidad y teorías del desarrollo de la personalidad sexual.

Existe una destacable evolución en el plano psíquico del menor fruto de su desarrollo madurativo. Nótese cómo la sexualidad aparece, para autores como HALES y YUDOFISKY (2005, p. 96)¹⁷⁹, como una “*subestructura de la identidad*”. Mientras en la infancia, existe una nutrida exploración sexual autónoma¹⁸⁰, es en la adolescencia esencialmente cuando se desarrolla, con mayor intensidad, una serie de conductas sexuales de carácter interactivo¹⁸¹, que conllevan el desarrollo normalizado de cualquier persona en las fases de experimentación sexual y de las que devendrá una evolución paulatina hacia lo que se viene a concebir como un “patrón fijo de elecciones sexuales”¹⁸².

Toda la anterior reflexión no es ufana en una valoración jurídica de la circunstancia del art. 183 bis CP, por cuanto, la configuración jurídica de dicho

¹⁷⁹ V. HALES, R. E. Y YUDOFISKY, S. C. (2005). *Tratado de Psiquiatría Clínica* (4.ª Ed, reimp.). Masson.

¹⁸⁰ V. BLÜMEL MÉNDEZ, J. E., CASTELO-BRANCO FLORES, C. Y VALLEJO MALDONADO, S. (2005). La sexualidad en las diferentes etapas de la vida. En J. J. DE LA GÁNDARA y A. PUIGVERT (Coords.), *Sexualidad Humana* (1.ª ed., pp. 55-63). Editorial Médica Panamericana, p. 58.

¹⁸¹ LESCHZINER, V. y KUASNOSKY, S. (2003). Género, sexualidad y afectividad. En M. MARGULIS (Ed.), *Juventud, cultura, sexualidad* (pp. 89-106). Alianza Editorial.

¹⁸² Este aspecto se desarrollará, cuando se efectúe en el análisis jurídico-penal del concepto de indemnidad sexual, entendida como el “*libre desarrollo de la personalidad sexual*”, siendo, precisamente, lo que denominamos “*personalidad sexual*”, un elemento que entiendo identificable con el patrón fijo que un individuo forja a lo largo de su proceso evolutivo sexual, fundamentalmente, hasta la maduración completa al finalizar la pubertad, que condiciona y define su comportamiento sexual en la fase adulta.

precepto trae consigo una serie de conceptos como la proximidad en “edad” y la proximidad en el “grado de desarrollo y madurez física o psicológica”, que son normativos, ajenos al Derecho Penal, y que deben correlacionarse, como más adelante tendremos ocasión de analizar¹⁸³ con los elementos expuestos en esta introducción, donde, se puede ya colegir que el desarrollo sexual es un proceso evolutivo, que culmina en la formación de una personalidad sexual que para el menor es merecedora de una protección reforzada.

Existe un conflicto evidente con el reflejo normativo de la protección jurídico-penal de la indemnidad sexual, en la medida que prevalece un criterio cronológico (edad para la determinación¹⁸⁴ de la validez del consentimiento sexual), por debajo de la cual, aparece un marco de restricción penal *casi* absoluta a la actividad sexual del menor en interacción con otra persona. En este sentido, el legislador parte de una presunción *iuris tantum* de lesividad de las acciones sexuales interactivas con menores de 16 años, que solo cede en el caso de proximidad en edad y en el grado de desarrollo o madurez físico y psicológico. Así, el art. 183 bis CP, supone un elemento flexibilizador –incluso conciliador con la realidad, nos atrevemos a añadir– del rigor punitivo de los delitos precedentes a dicho precepto, con la necesidad de contemplar una escenario

¹⁸³ Parte IV de esta Tesis Doctoral.

¹⁸⁴ Respecto de la fijación de una edad de consentimiento o la propuesta de valoración de la inserción de los potenciales sujetos activo y pasivo en grupo etario –ej. grupo de clase del colegio–, que analizaremos en más profundidad en otros momentos de este trabajo (cfr. Parte III, Capítulo 2), véase como BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23(16). <http://criminnet.ugr.es/recpc> (n. 68 de su trabajo, reflejando la aportación de GONZÁLEZ AGUDELO, G, *op.cit.* n. 175, pp. 132 y ss.), advierte cómo parece ser más adecuado que la valoración de la inserción en un grupo etario se produzca a propósito del análisis del grado de desarrollo o madurez, como factor complementario para poder valorar, cuando exista una falta de proximidad en edad suficiente para apreciar la simetría, a los efectos de ponderar los factores madurativos de los miembros de dicha pareja o sujetos que han interactuado sexualmente.

biológico, psicológico y sociológico que el Derecho no puede negar. Dicho de otra manera, a que los menores de 16 años desarrollen acciones sexuales con otros menores o adultos de edad próxima es algo que el Derecho Penal no solo no puede “evitar”, sino que entronca dentro del desarrollo integral de la personalidad.

Concretamente, la esfera sexual de la personalidad es un elemento, por definición, dinámico. Con carácter previo a la edad de 16 años –fijada desde la LO 1/2015 en el Código Penal como frontera de la tutela de la indemnidad sexual del menor–, resulta inasequible a la razón y de difícil justificación desde el marco de la política criminal que se determine una absoluta e incondicionada prohibición de desarrollar cualquier actividad sexual para con dicho menor, precisamente cuando existe un cierto consenso científico entorno a la cronología de maduración y desarrollo sexuales, que se contraponen con esta visión maniquea de la evolución en esta faceta de la personalidad¹⁸⁵.

Desde el plano de evolución sexual, la infancia marca un cauce de desarrollo de las bases de la sexualidad adulta de incuestionable trascendencia. El desarrollo sexual que se patentiza en la adolescencia viene precedido de la niñez, que no es un periodo precisamente asexuado, como hemos referido anteriormente. De hecho, se constata por EFRATI (2019)¹⁸⁶, cómo la edad de 10 años aparece como un momento clave por la maduración endocrina de las

¹⁸⁵ Coincidimos con GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La Sexualidad de los Jóvenes: Criminalización y Consentimiento*. Tirant lo Blanch, p. 108, cuando advierte que debe garantizarse que la tutela penal permita a los menores “interactuar sexualmente en libertad (...) en función de la progresión de sus <<facultades evolutivas>>”, aspecto que debemos advertir que el actual sistema y la elevación de la edad de consentimiento pone en riesgo, a nuestro juicio.

¹⁸⁶ En EFRATI, Y. (2019, diciembre). Normal Versus Abnormal Sexual Behavior in Adolescents. *Psychiatric Times*, 36(12). <https://www.psychiatrictimes.com/view/normal-versus-abnormal-sexual-behavior-adolescents>

glándulas adrenales. Como refieren GARCÍA VEGA *ET ALII* (2012, p. 80)¹⁸⁷, son diversos factores los que influyen, desde el plano psicológico, en la evolución de la sexualidad en la adolescencia, refiriéndose por estos autores “el propio desarrollo puberal, la aceptación de la imagen corporal, el descubrimiento de sus necesidades sexuales, el desarrollo de su personalidad, el aprendizaje de las relaciones sexuales y el establecer un sistema propio de valores sexuales, todo ello mientras están sometidos a la presión ejercida por su grupo de iguales, a situarse en el mundo como chico o chica y/o a las reacciones de los padres ante su evolución sexual”.

El referido EFRATI (2019)¹⁸⁸ viene también a señalarnos cómo el desarrollo sexual ordinario establece, desde el plano del comportamiento del menor, un *iter* madurativo que correlaciona una serie de etapas o episodios de evolución sexual. Evidentemente, no es un patrón indefectible ni aparece inexorablemente en todos los individuos, pero sin duda, tiene unos visos de conducta generalizable, y son los siguientes, para el autor referido: besos y contactos de manos; caricias en los pechos; contactos genitales manuales; tocamientos por debajo de la ropa o sin ropa; tocamientos genitales directos; sexo oral; sexo coital. Así también, CACCIATORE *ET ALII* (2019, p. 320 y ss.)¹⁸⁹ remarcan que la teoría psicoanalítica clásica reconoció la sexualidad de los niños desde la infancia, dividiendo la sexualidad en bebés y niños pequeños en oral, anal, fálica, y fases genitales

¹⁸⁷ En GARCÍA VEGA, E., MENÉNDEZ ROBLEDO, E., FERNÁNDEZ GARCÍA, P. y CUESTA IZQUIERDO, M. (2012). Sexualidad, Anticoncepción y Conducta Sexual de Riesgo en Adolescentes. *International Journal of Psychological Research*, 5(1). <https://www.redalyc.org/pdf/2990/299023539010.pdf>

¹⁸⁸ *Op. cit. supra*

¹⁸⁹ Resulta interesante el desarrollo conceptual de la evolución sexual que se analiza por los citados autores en CACCIATORE, R., KORTENIEMI-POIKELA, E., y KALTIALA, R. (2019). The Steps of Sexuality—A Developmental, Emotion-Focused, Child-Centered Model of Sexual Development and Sexuality Education from Birth to Adulthood. *International Journal of Sexual Health*, 31(3). <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/19317611.2019.1645783?needAccess=true>

tempranas, donde el placer se relaciona principalmente a la lactancia (materna), control de la defecación y sensaciones de orinar.

No obstante, desde la doctrina dominante en la psicología moderna, con autores relevantes como DE GRAFF Y RADEMAKERS (2006)¹⁹⁰ se han efectuado estudios empíricos para acreditar el desarrollo de la sexualidad desde la infancia, corroborándose las clásicas concepciones de ERIKSON (1950)¹⁹¹. Este autor viene a concebir que la evolución de la sexualidad del menor funciona como una suerte de patrón de procesos secuenciados, siendo característico de cada etapa lo que el autor entiende que es una “crisis psicosocial” que da lugar a que se avance, en su resolución, a un siguiente estadio evolutivo.

En consecuencia, a nuestro juicio, la evolución de la personalidad sexual debe ser entendida como una sucesión de cambios irreversibles hacia nuevo panoramas de relación o interacción sexual, en la mayoría de los casos. Así pues, cuando un menor descubre, por ejemplo, la masturbación, explora un nuevo campo de la sexualidad, distinto a su primera relación sexual coital, por ejemplo. Cada etapa trae consigo un descubrimiento y un acervo sexual, una suerte de conjunto vivencial de experiencias de desarrollo de la sexualidad humana, que a la postre, vienen a ser decisivas en lo que denominaremos la libre formación de la personalidad en ámbito sexual. Debemos referir en Reino Unido, como el estudio de WELLINGS *ET ALII* (1994, pp. 1-3)¹⁹², con trascendencia en el análisis del

¹⁹⁰ En DE GRAAF, H. y RADEMAKERS, J. (2006). Sexual Development of Prepubertal Children. *Journal of Psychology y Human Sexuality*, 18(1). https://doi.org/10.1300/J056v18n01_01

¹⁹¹ Apud CACCIATORE, R *et alli*, *Op. cit.* N. 189.

¹⁹² En WELLINGS, K., FIELD, J., WADSWORTH, J., BRADSHAW, S., y JOHNSON, A. M. (1994). *Sexual Behaviour in Britain: The National Survey of Sexual Attitudes and Lifestyles*. Londres, Reino Unido: Penguin Books Ltd.

desarrollo sexual de los menores, sitúan los 14 años como edad crítica y momento en el que aparecen relevantes interacciones con trascendencia sexual con otros sujetos de similar edad, en el marco del proceso madurativo propio de esta esfera.

Por otra parte, ARCHARD (2004)¹⁹³ viene a constatar la idea de que el reconocimiento de lo que jurídicamente llamamos libertad sexual negativa (es decir, la posibilidad de decir no por el menor; debe llevar implícita una idea de poder decir sí, es decir, de acceder y consentir a ciertas experiencias placenteras o gratificantes. Ello, en la medida que el menor es un ser sexuado desde su nacimiento, conduce a planos muy discutibles, como la asunción por tal autor de la posibilidad de asentimiento por parte del menor a las conductas sexuales que le resulten “placenteras” o “deseables”, y que en caso de no alcanzarlas puede llevar a una represión sexual. La insatisfacción de los deseos y pulsiones puede ser también un factor nocivo de la personalidad sexual.

Compartimos con MALÓN MARCO (2016, p. 236)¹⁹⁴ su juicio de que, aun cuando los menores estuvieran concretamente informados, con una buena educación en materia sexual, no es asumible que exclusivamente por su voluntad de satisfacción se admita una capacidad de dotar de validez a su voluntad de participación o consentimiento en el ámbito sexual. Tal planteamiento de Archard, que no solo lleva al ámbito de la pubertad, sino con anterioridad incluso a una fase prepuberal, resulta por ello censurable.

¹⁹³ ARCHARD, D. (2004). *Children: rights and childhood* (2.ª ed.). Abingdon, Reino Unido: Routledge.

¹⁹⁴ En la destacable obra de MALÓN MARCO, A. (2016). *Ética Sexual Contemporánea Aspectos Pedagógicos y Límites*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.

El mismo autor (2016, pp. 151-153) se hace eco también de otros autores que transitan por la misma senda que ARCHARD, como FINKELHOR (1979, p. 693)¹⁹⁵, donde vienen a reseñarse diversos ejemplos de promoción de la pedofilia en diversos ámbitos de la cultura y política europeos en los años 75-90, en lo que se ha venido a llamar el “activismo pedófilo”. Son propuestas de un discurso minoritario, que no ha prevalecido en el tratamiento de esta materia, pero que no conviene soslayar en el abordaje de las tensiones para la fijación de los límites cronológicos y madurativos relevantes en el planteamiento sobre la validez del consentimiento sexual de los menores, por cuanto expresan una postura residual, pero no intrascendente, en la medida que el debate sobre la sexualidad activa del menor a cualquier edad no está desterrado del tapete político¹⁹⁶.

La tensión entre las concepciones que forma una ecuación entre capacidad natural y capacidad de consentimiento sexual, frente a los que consideran necesaria la divergencia, en pos de una exigencia de capacidad superior para el consentimiento sexual, da lugar a planteamientos actuales a favor de la actividad sexual con menores de corta edad, ya que la capacidad natural puede predicarse, sin forzamiento, no solo de los adolescentes, sino incluso de niños con cierta madurez, a partir de los 7-8 años en adelante. Ello puede conducir a planteamientos que, además de irreconciliables con nuestro vigente sistema (de

¹⁹⁵ V. FINKELHOR, D. (1979). What's wrong with sex between adults and children? Ethics and the problem of sexual abuse. *American Journal Of Orthopsychiatry*, 49, 692-697. Véase lo señalado por CUCCI, G. y ZOLLNER, H. (2010). Enfrentarse a una cultura de la pedofilia. *Razón y fe*, 262 (1343). Recuperado abril de 2022, de <https://revistas.comillas.edu/index.php/razonyfe/article/view/10233>, pp. 110 y ss.

¹⁹⁶ V. La noticia publicada en el medio LIBERTAD DIGITAL. (2022, 12 noviembre). Irene Montero se reafirma en que los niños «pueden amar a quien quieran y tener sexo con quien quieran». *Libertad Digital*. Recuperado 9 de mayo de 2023, de <https://www.libertaddigital.com/espana/2022-11-11/irene-montero-se-reafirma-en-que-los-ninos-pueden-amar-a-quien-quieran-y-tener-sexo-con-quien-quieran-6953541/>, en el que la Ministra de Igualdad asume la capacidad interactiva del menor de cualquier edad en el ámbito sexual siempre que sea expresión de su consentimiento.

hecho, son manifiestamente contradictorios con el modelo actual), planteen una severa contraposición del sentir social mayoritario actual en España.

No obstante, estas posturas no son nuevas ni desconocidas en la doctrina de la materia, de manera que se precisa hacer una referencia a los movimientos activistas en Europa y EEUU que consideramos precedentes más destacados, para facilitar el enfoque del problema.

CAPÍTULO III.- REFLEXIONES ACERCA DE LA CUESTIÓN DEL EJERCICIO INTERACTIVO DE LA SEXUALIDAD POR LOS MENORES DESDE LOS PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS Y POLÍTICOS

1. Referencia a los principales planteamientos favorables a las relaciones sexuales con menores en el siglo XX. El “Enclave Kring” como precursor de la doctrina favorable a las relaciones sexuales con menores.

De manera prioritaria, cabe citar la figura del sexólogo neerlandés FRITS BERNARD, fundador del “Enclave Kring” (entorno a 1950), un pretendido foro de reflexión para postular una doctrina favorable a las relaciones sexuales con menores, fundado en eliminar los prejuicios sociales derivados de tales prácticas. En 1972 se publicó *Sex mit kinderen*¹⁹⁷, un libro de corte ensayístico con un elenco justificativo a favor del derecho de los adultos y de los menores a relacionarse sexualmente, sosteniendo bajo aparentes postulados científicos (en función de reducidos estudios, algunos con insignificantes muestras, de incluso 30 individuos), una ausencia de repercusiones negativas en personas que han mantenido relaciones sexuales durante la infancia con adultos. No se trata, por lo demás, de una cuestión puramente incidental o anecdótica.

En los Países Bajos se constatan la existencia de grupos favorables a las relaciones sexuales entre menores y adultos, donde además se presenta la cuestión acudiendo a neologismos anglosajones utilizados frecuentemente por

¹⁹⁷ Véase en BERNARD, F. y VAN EETEN, P. (1972). *Sex met kinderen*. Stichting Uitgeverij NSVH

esta clase de grupos¹⁹⁸, a nivel global, autocalificándose como “boy/girl lovers”¹⁹⁹ para tratar de edulcorar el contenido del mensaje, sustentándose en una suerte de consigna ultra-liberal que viene a postular el sexo como una manifestación natural a la persona –que lo es, ciertamente–, donde no debería establecerse una represión para que el menor explore e interactúe con otros sujetos adultos en una forma de aprendizaje empírico.

Cronológicamente, analizaremos en próximas páginas la existencia de recientes impulsos al debate político sobre la pedofilia como opción sexual en dicho país y en otros de su entorno cultura.

2. El “asunto de Versalles” (Francia, 1977)

Un hito relevante en Francia supuso el llamado “Asunto de Versalles” de 1977, en el que tres hombres permanecieron en prisión preventiva durante más de 3 años por haber efectuado la captación de imágenes de menores y haber tenido contactos de carácter sexual con jóvenes de 13-14 años en el Camping Club

¹⁹⁸ Especialmente, por su trascendencia, debemos citar a la asociación norteamericana NAMBLA (North American Man/Boy Love Association), cuyo activismo en la defensa de los postulados de permisión de las relaciones con menores, basadas en supuestos beneficios para el desarrollo de la salud física y psíquica de los mismos han sido modelo para otros grupos a nivel mundial. Un estudio particularmente detenido de esta entidad se desarrolló en la Universidad Western Michigan, por DEYOUNG, M. (1989). *The World According to NAMBLA: Accounting for Deviance. The Journal of Sociology y Social Welfare*, 16(1), 111-126, donde se destacan los aspectos positivos –presuntamente y siempre bajo el prisma de esta asociación– de las relaciones mixtas entre adultos y menores, como serían un mejor descubrimiento de su propia sexualidad o una mayor autoestima o seguridad propia (p. 116).

¹⁹⁹ Permiten, tales formas, además de tratar de dulcificar el concepto subyacente, suavizar las barreras de control cibernético, en búsqueda de un cierto camuflaje conceptual, como se pone de relieve en estudios criminológicos como el de FORDE, P. y PATTERSON, A. (1998). *Paedophile Internet Activity. Trends y Issues in Crime and Criminal Justice*, 97. Recuperado julio de 2022, de <https://web.archive.org/web/20110314231321/http://www.aic.gov.au/documents/8/D/C/%7B8DC57715-E250-43B1-91BD-D04752499CA8%7Dti97.pdf>

de Medon (Francia), lo que suponía un “atentado contra el pudor”, según el Código Penal francés entonces vigente.

Tales hechos encontraron un apoyo de un sector de destacados intelectuales franceses, no solo favorables a la excarcelación de los concretos encartados, sino a una extrapolación reflexiva sobre la adecuación de las relaciones sexuales en las que se involucrara a un menor. Así, se remite el 26 de enero de 1977, firmada por personalidades de la cultura como SIMONE DE BEAUVOIR, MICHAEL FOUCAULT, JEAN-PAUL SARTRE, JACQUES DERIDA, ALAIN ROBBE-GRILLET O JACK LANG (que llegó a ser ministro de cultura en varios ejecutivos de la República) entre otros, a la Comisión de Revisión del Código Penal del Parlamento francés una misiva solicitando tal excarcelación y la revisión de las normas penales en el sentido indicado, que fue absolutamente infructuosa.

Paralelamente, tuvo lugar una campaña mediática con relación a tales peticiones a partir del caso concreto de Versailles. En sus postulados públicos, los autores planteaban una cierta contradicción en la legislación francesa, donde la prescripción del tratamiento hormonal contraceptivo estaba autorizada desde los 13 años de edad, pero en la que, sin embargo, no se concedía relevancia al consentimiento al hombre o mujer de dicha edad para mantener relaciones o desarrollar interacciones sexuales²⁰⁰.

²⁰⁰ Nótese como tal aparente contradicción no lo es, en realidad, si atendemos a que se trata de una presentación falaz de la realidad, en forma de una suerte de falacia de falsa causa. En efecto, a las menores se les prescribía tal “píldora anticonceptiva” pero no con dicha finalidad, es decir, como un medio contraceptivo, sino como una terapia de estrógenos, es decir, con un sentido terapéutico, como sucede actualmente en España, donde son muchas las menores de 16 años a las que por razón de trastornos relativos a la menstruación u otros ginecológicos y endocrinológicos, se decide por el médico la prescripción de esta

En el contexto de lo precedente, supuso también un hito relevante en Francia una entrevista de FOUCAULT con DANET y HOCQHENGHEM, que fue plasmada en un texto²⁰¹ que resulta esclarecedora para comprender el pensamiento de las corrientes favorables a la abolición de la sanción penal de los actos de pederastia en los que no intervenga violencia.

En dicha conversación, FOUCAULT y HOCQHENGHEM parten de un cuestionamiento de la naturaleza del consentimiento sexual, en contraposición al contractual, para acabar aduciendo que a los menores debe reconocérseles, generalmente, una capacidad de consentir libremente en el ámbito sexual que,

clase de fármacos, sin que de ello pueda derivarse una suerte de “tácito reconocimiento” de capacidad de consentimiento sexual, como se arguyó por los autores del manifiesto.

²⁰¹ Véase en FOUCAULT, M., HOCQUENGHEM, G. y DANET, J. (1979, abril). La loi de la pudeur. *Recherches*, 37, 69–82, en su versión original en francés, posteriormente traducida al inglés (versión accesible en <https://documents.net/document/foucault-the-danger-of-child-sexuality-56a1a346eb6ef.html>) bajo el dudoso título “The danger of child sexuality” (en https://web.archive.org/web/20170218004224/http://www.uib.no/sites/w3.uib.no/files/attachments/foucaultdangerchildsexuality_0.pdf, recuperado el 4 de mayo de 2022), que es ajeno al contenido real de la conversación transcrita (de hecho, choca frontalmente tal título con los derroteros de la conversación de Foucault, Hocquenghem y Danet), donde, lejos de entenderse la sexualidad infantil como un “peligro”, se hace auténtica apología de la pedofilia y de las relaciones pederásticas por parte de los intervinientes, desde una particular concepción de la libertad individual, que conlleva para tales autores la necesidad de admitir las interacciones sexuales voluntarias y no violentas de los menores, como una forma de expresión de la afectividad y de su emotividad coherente a su desarrollo. Más allá de que sean ideas con las que estemos en radical desacuerdo, no deja de ser cuestionable la maniobra de deliberado “blanqueamiento” de tal conversación mediante el empleo del equivoco título, que podemos entender quizá como una manifestación de deliberada alteración de los términos para sustraer al renombrado filósofo de la “cultura de la cancelación”. Respecto de tal fenómeno, que aunque no es nuevo si se encuentra en especial auge, resulta de sumo interés advertir el análisis de la influencia de tales mecanismos sociales de coerción en el Derecho Penal, en lo que se advierte por el autor como “irritaciones de la práctica punitiva”, en la obra de CIGÜELA SOLA, J. (2021). Esbozo de una epistemología medial para el Derecho Penal. Y algunas hipótesis sobre los efectos de la cultura digital en la justicia penal. *InDret*, 4. https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0,5qsp=2yq=cultura+de+la+cancelaci%C3%B3n+%22derecho+penal%22yqst=br#:~:text=Esbozo%20de%20una%20epistemolog%C3%ADa%20medial%20para%20el%20Derecho%20penal,p.191.

para estos autores, justifica que no se deba partir de una general prohibición de tales actos sexuales.

Si bien en Francia no existió una proliferación política ulterior de las corrientes apologéticas de la pederastia, no así se puede decir de otros países, como Alemania, Dinamarca o Países Bajos, con diferente trayectoria.

3. Influencia en Alemania del discurso favorable a la legalización de prácticas sexuales con menores en la década de los 80.

En el caso de Alemania, la pedofilia encontró un ominoso reflejo favorable, en el partido Los Verdes, en el año 1985-86, a través de un reflejo en elementos insertos en el argumentario programático de este partido. En concreto, mediante la remisión a sus parlamentarios en Bonn de un documento, emanado del Grupo Federal de Trabajo para Gays, Pederastas y Transexuales (BAG SchwuP), en el que se promovía una normalización y regulación permisiva de la pedofilia, integrándose este grupo de trabajo en estructuras orgánicas de la institución²⁰², y dando lugar a propuestas en el año 1985 en la cámara federal del Estado de Renania-Palatinado a favor de tal permisión²⁰³.

No fue sino hasta el tiempo relativamente reciente, en 2014, cuando precisamente se produjeron investigaciones internas del partido, que dieron

²⁰² Sobre esta cuestión, se profundizó en el artículo FLEISCHHAUER, J., MÜLLER, A., y PFISTER, R. (2013, 13 mayo). Past pedophile links haunt german green party. *Der Spiegel*, <https://www.spiegel.de/international/germany/past-pedophile-links-haunt-german-green-party-a-899544.html>.

²⁰³ Un estudio más profundo sobre la dual posición de Los Verdes en Alemania entorno a esta cuestión se analiza por Klecha, S. (2016). Weiterführung des Diskurses. *Die Grünen zwischen Empathie und Distanz in der Pädosexualitätsfrage*, 129-167. https://doi.org/10.1007/978-3-658-07581-1_3

lugar a diversos actos de restitución y públicas disculpas posteriormente, siendo la más reciente de 2014, por la entonces líder, SIMONE PETER²⁰⁴.

4. El partido NVD en los Países Bajos.

Como hemos anticipado, en los Países Bajos, las corrientes favorables a la pedofilia, iniciadas a partir de los postulados de Frits Bernard, han dado lugar, a partir de 2006, a una revivificación de estos planteamientos mediante la irrupción del partido político NVD (“Caridad, Libertad y Diversidad” en holandés), fundado por MARTHIJN UITTENBOGAARD, que propuso como elemento programático central de sus planteamientos la legalización de las relaciones sexuales con menores.

Ante ello, se suscitó una polémica que alcanzó a ser planteada ante la Comisión Europea²⁰⁵, por el firme rechazo a esta clase de planteamientos por una buena parte del Parlamento Europeo y demás instituciones que advirtieron el severo riesgo para el sistema democrático que conllevan políticas de esta naturaleza, en frontal oposición a los valores y fundamentos del orden público nacional y europeo.

²⁰⁴ V. ROGERS, T. (2014, 24 noviembre). A Major German Political Party Used to Support Pedophilia—And It’s Coming Back to Haunt Them. *The New Republic*. Recuperado 22 de octubre de 2022, de <https://newrepublic.com/article/120379/german-green-party-pedophilia-scandal>.

²⁰⁵ Véase Guidoni, H. *Nacimiento del partido NVD en los Países Bajos*. Pregunta parlamentaria a la Comisión Europea. Unión Europea, de 26 de junio de 2006; y la consiguiente respuesta del órgano interpelado de 8 de agosto de 2006, en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-6-2006-2841_ES.html?redirect, revisado el 30 de junio de 2022. También en este sentido Varvitsiotis, I.; Kratsa-Tsagaropoulou, R. *Partido político NDV*. Pregunta parlamentaria a la Comisión Europea. Unión Europea, de 20 de diciembre de 2006, n° E-5582/06, con respuesta escrita de 12 de febrero de 2007, en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-6-2006-5582_ES.html, revisado el 30 de junio de 2022.

Aunque de facto el partido señalado existe en la actualidad formalmente, carece de representación parlamentaria y ocupa una posición, por ende, más que residual, exponiéndose públicamente estos postulados solo en foros afines, y disolviéndose definitivamente en 2010²⁰⁶.

5. Influjos actuales: hacia los movimientos propedofilia y el activismo en el ámbito de la sexualidad activa con menores de corta edad.

El creciente rigor de la regulación en la formación y actividades de los partidos políticos en los distintos estados europeos ha determinado a nuevas formas de participación y actuación por parte de los grupos de activistas a favor de las relaciones sexuales con menores, al margen del sistema de partidos, por la dificultad en la constitución, mantenimiento y actuación de los mismos a través de estos cauces participativos²⁰⁷.

En España, un partido que propugnase las actividades sexuales con menores entendemos podría llegar abstractamente a ser inscrito²⁰⁸, pero muy probablemente encontraría dificultades para no ser ilegalizado y desarrollar lícitamente una actividad militante en el ámbito de la promoción de la

²⁰⁶ V. en <https://www.forumlibertas.com/se-disuelve-el-partido-pedofilo-holandes-caridad-libertad-y-diversidad/>. Recuperada el 10 de octubre de 2022.

²⁰⁷ Simplemente, nótese la referencia a STEDH de 12 de noviembre de 2003, caso STP contra Turquía, en la que el Tribunal señala que “un partido político cuyos responsables inciten a recurrir a la violencia o propongan un proyecto político que no respete una o más reglas de la democracia o que planee la destrucción de ésta, así como el desprecio de los derechos y libertades que reconoce, no podrá aprovecharse de la protección del Convenio contra las sanciones impuestas por estos motivos”. No nos consta ninguna sentencia específicamente contra los partidos favorables a prácticas pedófilas en el ámbito de tal órgano, pero resulta fácilmente imaginable que una entidad así en España.

²⁰⁸ Desde una interpretación literal del art. 5.2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, en la medida que no se puede colegir que la mera apología de la pederastia ni el apoyo expreso a tales prácticas sea constitutiva de delito, y por ende, no puede limitar por ello la inscripción.

pederastia²⁰⁹. A partir de la actual equiparación de la violencia sexual a todo acto sexual en el que no medie el consentimiento, pudiera incluso entenderse que un partido de esta naturaleza podría englobarse en el ámbito del tipo del art. 515.4º CP, como una forma de asociación ilícita, al fomentar directa o indirectamente las manifestaciones de actos sexuales con menores, si estos se conciben como formas de violencia contra los mismos, determinada por una razón de edad de los potenciales sujetos pasivos, ambicionados por los depredadores sexuales de menores que soportan esta clase de asociaciones o formas participativas.

Un cauce para coligar sus intereses es, precisamente, huir de las formulas tradicionales de asociacionismo en la participación política, prefiriéndose otros cauces menos formales, a través de redes sociales en el marco de las TIC. Objetivamente, no existen datos que evidencien un retroceso del apoyo a los grupos que postulan las prácticas de naturaleza pederástica, sino que los vehículos de expresión de esa clase de intereses se han adaptado al nuevo entorno tecnológico, porque favorece la clandestinidad y el anonimato en la defensa de tesis que son mayoritariamente censuradas y que pueden generar rechazo expreso –potencialmente violento, llegado el caso–. Son dos las corrientes actualmente más reseñables dentro del MAP (acrónimo del Movimiento Activista Pedófilo) y del MOP (acrónimo del Movimiento del Orgullo Pedófilo).

A la par, ciertos postulados, como los expuestos en el epígrafe anterior sobre la postura oficial del Gobierno, a través de la actual titular del Ministerio de

²⁰⁹ Lo anterior, lo podemos extraer del art. 9.1 y 9.2. letra a) de la misma Ley Orgánica, en la medida que la defensa de la legalización de la pederastia pudiera concebirse que vulnera los valores constitucionales de protección a la libertad de los menores (en este caso, a la indemnidad sexual de los mismos, como una especificidad de la libertad de desarrollo de su personalidad sexual) y que por ende, deteriora el sistema de libertades establecido en la Constitución.

Igualdad, que abogan por una equiparación del concepto de capacidad natural como estándar para la validez del consentimiento sexual²¹⁰, conducen a planteamientos de difícil conjugación con el actual modelo de protección de los menores en la esfera sexual. No desconocemos que, en la propia postura, subyace una visión favorable a la libertad sexual del menor y que desecha la indemnidad sexual. La libertad sexual toma la libertad y capacidad del menor como elemento protagonista de la decisión, hace depender meramente de su consentimiento la validez de los actos sexuales realizados con el sujeto de mayor edad.

En el caso de la indemnidad, el foco del protagonismo no se encuentra en la formación de un consentimiento que, incluso, podría considerarse en algunos casos libre y coherentemente constituido sobre la libertad de decisión personal, sino que se anteponen otros intereses preponderantes, como es de evitar un riesgo de alteración del desarrollo de la personalidad sexual del menor fruto de una interacción asimétrica en lo etario y madurativo que, aunque pudiera ser deseada y consentida en un plano natural, se asume que al menor no se le puede considerar apto para comprender la trascendencia y los efectos que tal determinación le pueden acarrear.

Efectivamente, es un juicio presuntivo, pero es el fundamento de toda la protección penal del menor de 16 años, como edad límite de consentimiento. De hecho, no conocemos ningún modelo que expresamente no establezca un límite mínimo de edad de consentimiento, y sea más o menos elevada, todo hito fijado en este sentido responde a una limitación del legislador respecto de la identidad entre capacidad natural de consentimiento y capacidad de formación válida del

²¹⁰ V. N. 197.

consentimiento sexual, como decisión que requiere de aptitudes proyectivas por parte del sujeto que la adopta, precisamente porque el nivel de intensidad, más que físico, emocional e incluso relacional, que las acciones sexuales comportan, exigen un plus de capacidad y madurez.

De esta forma, se puede también afirmar que, en la medida que se establezca un límite de edad más próximo al puberal, se estará apostando por una mayor proximidad entre los conceptos de capacidad natural de juicio y capacidad de consentimiento sexual, y viceversa.

CAPÍTULO IV.- LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO DE SU SEXUALIDAD (I): EDAD ANTIGUA-EDAD MODERNA

1. Trazos de la evolución histórica en el tratamiento jurídico del binomio “sexualidad y menores”: desde la protección de la “honestidad” y la “moralidad”, como hilos conductores de la tutela penal histórica.

A la hora de afrontar la necesaria aproximación al concepto histórico-jurídico de la sexualidad, debemos constatar que las referencias a la esfera sexual son tan antiguas como la existencia del ser humano en la Tierra. Siendo inabarcable la mirada retrospectiva en una cuestión, la sexual, que se hunde en la esencia antropológica²¹¹, no es óbice lo anterior para que debamos efectuar una sucinta e introductoria reflexión, al efecto de obtener una visión de conjunto, de los elementos que consideramos más relevantes como hitos históricos sobre la sexualidad humana, y la particular relación del binomio sexualidad y menores.

Se atribuye al militar ateniense TUCÍDIDES la máxima de que “la historia es un incesante volver a empezar”. Como exploraremos, en momentos ulteriores del estudio, cuando efectuemos el planteamiento sobre los factores de carácter político-criminal determinantes para la elevación de la edad de consentimiento sexual a 16 años, operada en nuestro Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, ese “volver a empezar”.

²¹¹ V. en este sentido y monográficamente NIETO, J. A. (2003). *Antropología de la sexualidad y diversidad cultural*. Talasa; PEÑA SÁNCHEZ, E. Y. (2011). *Antropología sexual: bases teóricas y metodológicas*. En A. BARRAGÁN SOLÍS y L. GONZÁLEZ QUINTERO (Coords.), *La Complejidad de la Antropología Física* (pp. 289-314). Ed. Proa; CHOZA, J. (2017). *Antropología de la sexualidad*. Ed. Thémata.

No es venturoso afirmar que, respecto a los criterios rectores o inspiradores de la circunstancia del art. 183 bis de nuestra ley sustantiva criminal, hay elementos esenciales o nucleares en las decisiones adoptadas en la evolución del Código Penal –especialmente tras la últimas reformas– que no solo acreditan un inmanente contenido de moral sexual (que pudiera ser, en cuanto se presentara de forma mínima, inevitable), sino el apoderamiento de ciertos postulados morales como criterios rectores de la regulación de la materia.

Particularmente, no mediante el uso, sino el abuso del Derecho Penal como mecanismo de modulación social, de lo que DÍEZ RIPOLLÉS (1981)²¹² advierte como una “*función troqueladora*”, en una suerte de ingeniería social de carácter sexual que pretende instaurar patrones de conducta y de relación entre los jóvenes alejados de una objetiva tutela de intereses legítimos (como es, en abstracto, la protección del desarrollo de la personalidad sexual en libertad), para adentrarse en procelosos terrenos de corte moral.

Es inevitable, reiteramos, que los delitos sexuales, en su génesis, en sus elementos normativos y en sus exégesis, se pueblen de elementos de carácter moral. Lo alarmante es que el elemento moral sea el criterio rector de la evolución legislativa en la materia, fundamentalmente porque no existe una “moral”, sino que tal concepto es indeterminado y depende de convenciones sociales, que se plasman en el ámbito legislativo en los juegos de poder y equilibrios parlamentarios.

²¹² Cfr. N. 3 de esta tesis.

Mientras que el Código Penal en su primera versión en 1995 supuso el momento histórico de mayor contracción de la influencia de la esfera moral en la regulación de la materia, estamos viviendo una desaforada expansión de los postulados morales en las últimas reformas penales, como tendremos ocasión de valorar.

No obstante y precisamente para un adecuado enfoque, metodológicamente entendemos procedente la siguiente revisión, para dotarnos de criterios analíticos que favorezcan un análisis más sustancioso de la actual regulación.

1.1. Edad Antigua.

Una peculiaridad que nos caracteriza respecto del reino animal es la trascendencia y significación para el desarrollo de la personalidad que se ofrece a las interacciones sexuales humanas, con una finalidad distinta a la procreación de la especie. Frente a los demás seres, lo sexual no se limita a la procreación, lo que dota de una proyección cultural a la esfera sexual.

Y precisamente por esa faceta cultural, ya en la antigüedad en la Historia del Arte, se representa esa esfera en la pequeña escultura de la llamada “Venus de Willendorf”²¹³, que pasa por ser la representación por antonomasia de la fertilidad pero los cánones estéticos, a través de sus voluptuosas formas, con una

²¹³ Nude Woman (Venus of Willendorf), Naturhistorisches Museum, Vienna, datación aproximada 28.000-25.000 a.C.

especial atención a los caracteres sexuales externos²¹⁴. Aun cuando siempre se ha aludido a la cuestión de la fertilidad, como elemento explicativo de esta pieza, existían otras manifestaciones culturales asociadas a la propia procreación, que exceden de la misma, y que dotan a la sexualidad de una trascendencia antropológico-cultural, como una manifestación de valores de ordenación social y poder²¹⁵.

En el antiguo Egipto, existía una especial contemplación de la esfera sexual como un elemento trascendente en todos los ámbitos de la cultura y el arte. En este ámbito, como señalan ZAPATA BOLUDA *ET ALII* (2016, p. 22 y ss.)²¹⁶, los egipcios mantenían un notable interés por la esfera y las manifestaciones de la sexualidad humana. No solo desde el plano estrictamente reproductivo o dinástico (en lo referente a la transmisión de la condición divina del faraón), sino en la vida cotidiana, donde se permitían relaciones incestuosas. Como señalan las citadas autoras, existe constancia de que la propia semántica de los términos familiares era limitada, y así, la palabra “madre” abarcaba a las hermanas, amantes e incluso concubinas.

En la antigua Babilonia, debemos destacar por su trascendencia, como hito histórico-jurídico, el Código de Hammurabi²¹⁷, un impresionante grabado en diorita o basalto, piedra negra, donde se contiene una regulación penal arcaica,

²¹⁴ Sobre esta cuestión, ZAPATA BOLUDA, R. M., MARÍN ZAPATA, R. M. y SORIANO AYALA, E. (2016). Breve recorrido histórico de las sexualidades. En M. I. GUTIÉRREZ IZQUIERDO y R. M. ZAPATA BOLUDA (Coords.), *Salud sexual y reproductiva* (pp. 21-43). Madrid, España: Alianza Editorial.

²¹⁵ Así lo interpretamos de SANAHUJA YLL, M. E. (2002). *Cuerpos sexuados, objetos y prehistoria*. Ed. Cátedra; RIPOLL LÓPEZ, S. (2021). El concepto de prehistoria. En S. RIPOLL LÓPEZ y F. J. MUÑOZ IBÁÑEZ (Coords.), *La Prehistoria y su metodología* (3ª Ed., pp. 15-39). Alianza Editorial.

²¹⁶ *Op. cit. supra*.

²¹⁷ ANÓNIMO. (2017). *Código de Hammurabi*. Zaltbommel, Países Bajos: Van Haren Publishing.

que se aplicó en Mesopotamia, en el marco temporal del año 1692 a.C., escrito en arcadio. Como expresión de un ordenamiento primitivo, su naturaleza es, esencialmente, vindicatoria. Se sustancia en la venganza como un modo de expresión frente a la negación de la norma. En la medida que se quebrantara un elemento prohibido o tabú (ZAMBRANA MORAL, 2016, p. 5)²¹⁸, aparece la necesidad de restitución o restablecimiento, con independencia de que el perjuicio al elemento sea o no consciente²¹⁹.

Se trata de un hito histórico, por cuanto aparece una suerte de positivización compilada de preceptos de alcance religioso, fuertemente moralizante, y con trascendencia en lo que consideraríamos actualmente el ámbito penal o punitivo, con una formulación típica (todos los tipos se inauguran bajo el condicional “si...”, para describir la conducta y la sanción correspondiente). En dicho texto, solo existe una mención (13§) a los menores de edad, ligada con el “delito de rapto”, prescribiendo la muerte del hombre que lo llevare a cabo. Todo lo demás, se refiere a “mujer” o “mujer del hijo”, que pudiera ser mayor o menor de edad, coligándose por tanto la intervención penal, no tanto con la cuestión de edad, sino de evitación de la relación incestuosa (aun con importantes matices, puesto que en ocasiones el propio Código referido sancionaba tales supuestos de una manera más débil, en unos casos que en otros, en función de factores como el hecho de que la mujer del hijo con la que yaciere el hombre –sujeto activo– no hubiere aun yacido con el señalado hijo; o que se tratase de la madrastra que ya hubiere tenido hijos previos, etc.).

²¹⁸ V. ZAMBRANA MORAL, P. (2016). *Estudios de Historia del Derecho Penal: Vindicatio, inimicitia y represión penal en el Derecho español medieval y moderno* (Spanish Edition). Editorial Académica Española.

²¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal: Vol. I* (4ª Ed.). Losada, pp. 241-242

Si bien es cierto que, en el Derecho Penal histórico, las referencias a los delitos sexuales suelen aparecer confundidas con otras figuras (como el rapto), en este caso, no parece extrapolarse tal equivalencia. El Código de Hammurabi es particularmente “avanzado” para su tiempo, en la regulación de los delitos relacionados con la sexualidad (se utiliza siempre el término “yacer”, y se castigan cualesquiera otras conductas impúdicas con severas penalidades), en tanto que aparece detalladamente consignadas distintas figuras delictivas, desde el varón que yaciere con su hija (154 §), hasta el padre que tomare a la mujer del hijo menor (155 §).

En cuanto a otras fuentes históricas, la propia Biblia permite configurar el alcance histórico de las referencias sobre el orden sexual de ese contexto anímico-religioso así como la impronta en nuestra cosmovisión, por la incuestionable herencia judeo-cristiana de nuestro sistema moral, y consecuentemente, de nuestro sistema jurídico, en cuanto se inspira, entre otros factores, en ese acervo.

- i) Se castiga con la muerte las relaciones incestuosas (véase Levítico 20: 12-20), tanto del hijo que se acuesta con la mujer del padre, como del suegro con su nuera, llevando la cuestión a la categoría de “infamia”.
- ii) Se sanciona la homosexualidad con la muerte, también la masturbación (sobre Onán se escribe en el Génesis 38: 9-10) y las prácticas zoofílicas (vid. Levítico 20: 15-16).

iii) Se castiga en el Éxodo (Ex 22: 15-16), la seducción de vírgenes (entiéndase, pre-púberes o púberes núbiles), obligándose a tal seductor a contraer matrimonio con ellas y pagar la dote al padre de la joven²²⁰. En el caso del Deuteronomio, incluso se fija una cuantía dotal (Dt 22: 28-29).

iv) La prostitución no se sanciona como una ofensa en la Biblia, equiparable a un delito, si bien no se aprueba en forma alguna de manera expresa, pero sí hay nutridas referencias (véase en el Génesis 38: 15-22) o el famoso juicio del Rey Salomón sobre la maternidad del hijo discutido entre dos prostitutas, que solventó con su espada, y que sobresaltó a la verdadera madre (Libro Primero de los Reyes, I Re. 3: 16-28).

Véase como también existe una referencia relevante a la figura de María Magdalena, que iconográficamente al menos²²¹, se ha tomado como un paradigma de la prostituta arrepentida, hasta llegar a ser un símbolo feminista actual, para algunos autores.

v) Se sanciona el sexo durante la menstruación, por tanto, con púberes en ese contexto, con la expulsión del cuerpo de creyentes (Levítico 15, 19;

²²⁰ Debe advertirse cómo, en relación con esta prescripción del texto bíblico, la cuestión trasciende hasta nuestros días, evolucionada desde el ámbito penal en la Biblia, a una cuestión de carácter civil, como es la obligación natural de satisfacción de alimentos por parte del hombre experimentado que seduce a una joven. Así lo explora SÁNCHEZ, J. M. (2015). El matrimonio, institución de Derecho Natural, ante el Derecho del Estado. En AYUSO, M. (Ed.), *De Matrimonio* (pp. 122-123). Madrid, España: Marcial Pons. Ediciones sociales y jurídicas, cuando analiza a tal efecto la relevante STS de 17 de octubre de 1932, a estos efectos.

²²¹ A tal efecto, un estudio monográfico sobre esta figura bíblica lo realiza MONZÓN PERTEJO, E. (2011). La evolución de la imagen conceptual de María Magdalena. En R. ZAFRA MOLINA y J. J. AZANZA LÓPEZ (Coords.), *Emblemática trascendente: hermenéutica de la imagen, iconología del texto* (pp. 529-540). Eunsa. BERMEJO BARRERA, J. C. (2020). La leyenda de la santa pecadora: María Magdalena y la conversión de la Galia. Un estudio sobre la imaginación hagiográfica. *Bandue XIII*, 12, 5-35.

en referencia a otros textos de la Biblia, como Ezequiel 18: 5-6, cuando se habla del estado de *niddah* en la mujer)

En la Antigua Grecia, encontramos la pederastia como una realidad aceptada socialmente en todos los estratos. La *communis opinio* es que se trata de conductas no solo tolerables, sino valoradas favorablemente. Ya en su clásico ensayo sobre esta cuestión, BENTHAM (1785, p. 117 y ss.)²²² analiza –a los efectos de justificar una posición final en pos de una libertad sexual en el marco del utilitarismo, del que este autor es uno de los máximos exponentes– el devenir de las *polis* en relación con los intercambios sexuales de adultos varones para con otros hombres, generalmente menores, en la relación pupilo/maestro especialmente, o aprovechando su condición y mayor experiencia. De hecho, son diversas las narraciones clásicas en las que se cita al poeta Sófocles, que aun estando casado con Nikarete, persistía en sus relaciones con menores²²³, como así se narra también de Sócrates y otros personajes célebres de la Grecia clásica (especialmente citado, el caso de, que contaban con los servicios de los eromenoi (ἐρώμενοι), adolescentes comprometidos en relaciones pederásticas, siendo mayores de doce años²²⁴.

²²² BENTHAM, J. (2002). *Essay sur la pédérastie [1785]*. Question de Genre. https://books.google.es/books?id=rvUeoi_lu5YCypg=PA158ydq=Against+Timarchos+pederastieyhl=esysa=Xyved=2ahUKEwi00v3QrOb1AhUMy4UKHT6yDUIQ6AF6BAGCEAI#v=onepageyq=Against%20Timarchos%20pederastieyf=false, recuperado el 4 de febrero de 2022.

²²³ Como recoge con sumo detalle Cantarella, E. (2008). Textual evidence. En Cantarella, E. y Lear, A. (2008). *Images of Ancient Greek Pederasty: Boys were their gods* (Illustrated ed., pp. 1–23). Routledge.

, que a su vez rescata la narración de su contemporáneo Ion de Chios, cuando cuenta como en un banquete, pidió Sófocles al menor que le servía vino en la copa, ante su sonrojo, que le soplara la misma para quitar una mota de polvo, aprovechando la coyuntura para besarle, tras citar un verso del poeta Frínico de Atenas.

²²⁴ En Sáez Martínez, G. J. (2015). Aproximación a los abusos sexuales a menores. *Eguzkilore*, 29, 137 y ss. se analiza la evolución conceptual de la implicación de los menores en conductas sexuales en la Antigua Grecia y Roma, considerándose, especialmente respecto de la primera, la paradójica reprensión penal de los actos sexuales con menores de 12 años, con la promoción de la figura de los eromenoi desde tales edades, en prácticas sexuales generalmente ligadas a la sodomía.

Al poeta ESTRATÓN se le atribuye *“Disfruto las flores de uno de doce; si son trece los años, más fuerte deseo siento; el que tiene catorce destila de amor más fuertes, más gusto en el que está en el tercer lustro”*²²⁵. Los menores de doce años sí estaban protegidos penalmente respecto de un derecho a su intangibilidad sexual, más que indemnidad, solo si eran hijos de ciudadanos libres. Los que, por el contrario, descendían de esclavos, eran susceptibles de ser objeto de abusos y utilización con fines sexuales desde la más tierna infancia, precisamente por la cosificación que supone la propia concepción de la esclavitud, en la medida que el dueño de la cosa puede abusar de ella, en un sentido jurídico pero incluso también en el más libidinoso y prosaico, en la medida que si era potestad del dueño del esclavo incluso disponer de su propia vida, cuanto más justificadamente, servirse del mismo como instrumento de su satisfacción o pulsión sexual.

Las relaciones sexuales con menores en la Antigua Grecia cumplían o desplegaban diversas funciones. Por un parte, la función educativa de la relación sexual entre el mentor *–erastés–*, hombre experimentado de acomodada posición social y reputación²²⁶, para con su pupilo *–erómeno–*, joven de corta edad que salía del gineceo para frecuentar ya la palestra, donde se le aleccionaba. Se establecía una relación entre maestro y alumno de carácter amoroso con un componente lúbrico sexual, que era tolerado y amparado por las élites de las polis²²⁷.

²²⁵ En Cantarella, E. (2021). *Según Natura. La bisexualidad en el mundo antiguo*. Ediciones Akal, p. 59.

²²⁶ Así lo interpreta un estudioso de la materia como es DOVER, K. J. (2008). *Homosexualidad griega*. Elcobre Ediciones, p. 227, en la medida que solo los hombres con una posición económica y social suficientemente desahogada podrían dedicarse a esta clase de actividad, al tener sus necesidades cubiertas.

²²⁷ V. BOSWELL, J. (1996). *Las Bodas de la semejanza: uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*. El Aleph.

También en el ámbito de la educación deportiva (la gimnasia) que los hombres practicaban en esta época, la relación del entrenador con los sujetos entrenados conducía a la exhibición de la desnudez masculina ante los jóvenes²²⁸ y práctica de intercambios homosexuales con lo que hoy entendemos como menores de edad. Frente a las relaciones sexuales domésticas, en el seno matrimonial, todas las anteriores relaciones exigían una suerte de asechanza de los menores y una suerte de ritual de “juego” o cortejo, al discurrir las mismas en los espacios públicos y al margen de las relaciones familiares²²⁹.

Avanzando en el marco temporal, en el Derecho Romano²³⁰, se reconoce entre las potestades del *pater familias* romano el *ius puniendi*, es decir, el derecho a castigar –incluso quitar la vida– como una parte relevante del elenco de su *patria potestas*. Encontramos relevantes hitos en la regulación de la sexualidad y de la respuesta punitiva:

- i) Una de las referencias más recurrentes y primitiva es la *Lex Scantinia* (año 149 a.C.), durante la República. En ese marco, se castigan conductas como el adulterio y especialmente la pederastia. En este sentido, siguiendo a PETRUCCI Y SANTAMARÍA ECHEVERRÍA (2020, sección 14)²³¹, la

²²⁸ V. GÓMEZ ESPELOSÍN, F. J. (2001). *Historia de Grecia antigua*. Ediciones Akal, p. 140.

²²⁹ V. MONTOYA GÓMEZ, R. D. (2012). *Ética sexual y estética de la existencia en la Antigua Grecia*. Ed. Universidad del Rosario, p. 98

²³⁰ A estos efectos, destacable resulta la aportación de LÓPEZ GÜETO, M. A. (2018, noviembre). Los delitos de las mujeres. Una aproximación al Derecho Penal romano. *Ambigua, Revista de Investigaciones sobre Género y Estudios Culturales*, nº 5.

²³¹ PETRUCCI, A. y SANTAMARÍA ECHEVERRÍA, E. (2020). *Actos de disposición del cuerpo humano: tradición jurídica romanista y perspectivas contemporáneas*. Universidad Externado de Colombia. También se toma razón de esta norma en ERSCH, J. S y GRUBER, J. G. (1837). *Allgemeine Encyclopädie Der Wissenschaften Und Künste In Alphabetischer Folge Von Genannten Schriftstellern* (Vol. 3). Brodhaus, https://books.google.es/books?id=yuRMAQAIAAJyprintsec=frontcover&dq=Allgemeine+Encyclop%C3%A4die+der+Wissenschaften+und+K%C3%BCnste+p%C3%A4derastie&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v

datan como un antecedente menos documentado que la *lex Julia de Adulteriis coercendis*, pero particularmente resulta de interés a nuestros efectos, por cuanto constituye el primer atisbo de regulación punitiva de actos de pederastia, precisamente por mor de la conducta del edil Scantinio Capitolino (225 a.C.), que fue acusado por otro –Claudio Marcelo– de haber hecho propuestas sexuales a su hijo Marco. No obstante, no se conservan testimonios de su aplicación que permitan extrapolar un criterio de protección, no ya uniforme, sino siquiera coherente, en todo el territorio romano.

- ii) Se castiga, en todo caso, el adulterio femenino. Señala LÓPEZ GÜETO (2018, p. 47)²³² cómo en tiempos de Rómulo fue dictada una ley que castigaba con la pena de muerte el adulterio dentro de la propia familia, pudiendo el *pater* matar a la adúltera y a su compañero. Debe entenderse, como puntualiza la meritada autora, que *pater* es quien ejerza sobre ella la potestad derivada de su condición de *alieni iuris*, que pudiera ser su padre, su marido o su suegro, incluso.
- iii) Se sanciona fuertemente el estupro, donde se enfatiza en el honor familiar, como bien jurídico lesionado especialmente por la conducta de relación sexual entre parientes²³³, por una cuestión de moral pública y no así de protección de las libertades personales. No obstante, se

=onepageyq=Allgemeine%20Encyclop%C3%A4die%20der%20Wissenschaften%20und%20K%C3%BCns te%20p%C3%A4derastieyf=false (Facsimil de la Universidad de Stanford). También encontramos una referencia de la cuestión en la obra FERRINI, C. (2017). *Derecho Penal romano*. Marcial Pons, p. 334.

²³² LÓPEZ GÜETO, M. A. (2018, noviembre). Los delitos de las mujeres. Una aproximación al Derecho Penal romano. *Ambigua, Revista de Investigaciones sobre Género y Estudios Culturales*, 5.

²³³ *Op. cit. supra*, p. 48

contempla en la casuística analizada, ciertos supuestos en que se aplicó la pena de exilio, en vez de la capital, que era la principal consecuencia jurídica de esta clase de delitos.

- iv) La prostitución²³⁴ fue un elemento institucionalizado, tolerado y permitido (estableciéndose incluso una categorización de las intervinientes, según su estrato social y condición, entre las *delicatae* – “mantenidas por varones ricos y prominentes”-, las *copae* -que trabajaban en las tabernas, si bien también ofrecían acompañamiento sexual- o las *noctilae* -prostitutas nocturnas-) y el proxenetismo.

Ciertamente, las relaciones con prostitutas, en ningún caso podrían constituir un delito de adulterio, en la medida que esa clase de intercambios sexuales no entraban en la categoría de *stuprum*. En cuanto a las relaciones homosexuales, conforme a lo que las autora señalada expone, llevadas a cabo entre ingenuos²³⁵ para con sus esclavos, se consideraban perfectamente lícitas, aun sin consentimiento de estos últimos, en la medida que se conforma como una parte de los elementos predicativos del dominio (en este caso, un *ius abutendi* en el sentido más literal).

- v) Respecto de los menores, vamos a efectuar unas precisiones a la luz del Derecho Romano. Por una parte, hay que recordar la existencia de una

²³⁴ *Op. cit.* N. 208, p. 26

²³⁵ V. HEINECCIUS, J. G. (1850). *Elementos de Derecho Romano*. Librería de Garnier Hermanos, p. 30, se define conforme a las Instituciones de Gayo (Gaii Institutiones) el término para referirse a aquellas personas que nacieron y permanecen libres, como antónimo de esclavo.

diferencia sustancial derivada del triple estatus *civitatis, libertatis y familiae*, de forma que solo los varones ciudadanos romanos y libres eran *sui iuris*, es decir, poseían plena capacidad jurídica o personalidad, y, en consecuencia, podían actuar válidamente en el tráfico jurídico.

No obstante, como enuncia IGLESIAS (2008, p. 91)²³⁶, en el Derecho Romano podían no coincidir ambos elementos con frecuencia. Es decir, existían personas sin capacidad jurídica que sí podían actuar en el tráfico mercantil, como los esclavos realizando negocios para su *dominus*. En sentido contrario, las mujeres podían ser consideradas como *sui iuris*²³⁷, pero sin dejar totalmente de estar bajo la autoridad de un varón para actuar, ya fuere su padre o esposo, siendo paradigmática la *tutela mulierum*²³⁸, en la que, debido a la creencia de que las mismas carecían de una serenidad de ánimo suficiente (*levitas animi*) requerían del varón para su adecuada intervención negocial.

En otro orden, parece pacífica la determinación de que, en el antiguo Derecho Romano, la edad de responsabilidad penal se fijaba en el umbral de los 7 años, estableciéndose como presunción *iuris et de iure* que los menores de dicha edad carecían de “intención criminal”. Por encima de 7 y hasta los 11 años, dependía, sin embargo, del criterio judicial el determinar el grado de intención para cometer el delito. Si se

²³⁶V. IGLESIAS, J. (2008). *Derecho Romano* (17ª ed.). Ariel.

²³⁷ V. en PÉREZ PÉREZ, V. E. (2017). Capacidad de la mujer en Derecho privado romano. *Clepsydra. Revista de Estudios de Género y Teoría Feminista*, 16, p. 193,

²³⁸ Se explora con profundidad en BARREIRO MORALES, M. E. (2019). Tutela mulierum y sus diferentes categorías. *Glossae: European Journal of Legal History*, 16, 24-49 y en SANZ MARTÍN, L. (1994). *De la "tutela impuberum" a la "tutela mulierum"*. (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

verificaba tal capacidad, no obstante, se aplicaba la respuesta penal propia de los adultos, incluso la pena capital²³⁹.

En la Antigua Roma no existe una edad de consentimiento sexual. El varón menor pasa a ser adulto una vez que se verifican en él ciertos caracteres sexuales externos puberales, si bien con carácter previo ha podido desarrollar conductas sexuales²⁴⁰. Lo determinante en la sexualidad romana era la concepción de penetrador y penetrado en conjunción con su estatus social, no el sexo de cada cual que adoptara

²³⁹ Debemos advertir cómo los hijos sometidos a la *patria potestas* están, por definición, sujetos a lo que MOMMSEN, T. (1898). *Derecho Penal Romano*. Establecimiento Tipográfico de Idamor Moreno, pp. 25 y ss., concibe como “punción doméstica”, donde el titular de la potestad puede castigar privadamente a los sujetos a la misma con la muerte, si así lo estima. Como el autor refiere, no existía una fijación y regulación legal, con lo que el jefe de la casa podía proceder “*por causa de toda acción violadora de la ley del Estado verificada por cualquiera de las personas sometidas a su potestad doméstica*”, con independencia de que fuera un delito público o privado. A la par, también se ejercía ese poder punitivo al margen de conductas ilícitas penales, sino simplemente por “*finés de educación y para el buen orden de la casa*” e incluso, como señala el célebre romanista, por mero “*arbitrio y crueldad del jefe*”. Así, en materia sexual, los actos de deshonestidad de los *filií familias* no eran equivalentemente considerados según su sexo, concibiéndose que las irregularidades en este sentido del varón tienen menor relevancia que las que las mujeres sometidas a la potestad pudieran cometer, si bien, en todo caso, quedaba al juicio discrecional del *pater* la aplicación de la consecuencia (castigo o pena de muerte incluso).

Huelga recordar que la condición de hijo de esclavo, a mayor abundamiento, determinaba también su sumisión a tal esclavitud, y por ende, su condición de *res mancipi*, que conducía nuevamente al derecho del *pater* para determinar su muerte, sin necesidad de delito. En caso de comisión de hechos ilícitos (desde la concepción del delito romana) cabía la ejecución del esclavo de muy diversas formas. En este sentido, se exploran las diversas formas de ejecución con sumo detalle y casuismo en la obra de FERRINI, C. (2017), *Op. cit.* N. 87, p. 145 y ss.

²⁴⁰ Lo explica con sumo grafismo el santo cristiano AGUSTÍN DE HIPONA, cuando señala en sus Confesiones: “*una vez que estando yo en el baño me vio mi padre con señas de pubertad, como lisonjeándose ya con la esperanza de tener nietos, se lo fue a contar a mi madre muy alegre y gozoso; mas era en fuerza de la embriaguez que padecen los hilos de este siglo, causada del vino invisible de su mal inclinada y perversa voluntad hacia las cosas de acá abajo*”. Véase en de Hipona, A. (400d.C.). *Confesiones de San Agustín de Hipona*. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/confesiones-0/html/ff7b6fd2-82b1-11df-acc7002185ce6064_15.html#I_5_. No obstante, el mismo reconoce haber desarrollado anteriormente a ese momento actos de carácter sexual, cuando refiere “*¿Y qué era lo que me deleitaba sino amar y ser amado? Pero en esto no guardaba yo el modo que debe haber en amarse las alas mutuamente, que son los límites claros y lustrosos a que se ha de ceñir la verdadera amistad, sino que, levantándose nieblas y vapores del cenagal de mi concupiscencia y pubertad, anublaban y oscurecían mi corazón y espíritu de tal modo, que no discernía entre clara serenidad del amor casto y la inquietud tenebrosa del amor impuro. Uno y otro hervían confusamente en mi corazón, y entrambos arrebatában mi flaca edad, llevándola por unos precipicios de deseos desordenados, y me sumergían en un piélago de maldades*”.

tal actuación. Así, por ejemplo, un hombre podía penetrar a otro (vgr. un esclavo) sin ser considerado negativamente tal acto, al concebirse como un acto de puesta en sumisión del siervo, y poder darle un contenido de carácter punitivo (es decir, una penetración equivalente a ser azotado). En el caso de la mujer, ésta debía mantenerse en castidad hasta el matrimonio, y si hubiera llevado a cabo alguna acción sexual debía ser con esclavas, siempre que fueran de género femenino, ya que lo indecoroso en ese caso era dejarse penetrar por un esclavo –no persona, a los ojos de los libres–.

A partir de los doce años, la mujer pasaba en la Roma imperial, a ser *viripotents* y, por ende, era susceptible de poder mantener relaciones sexuales. Ello supone cierta evolución respecto a la etapa arcaica precedente, donde era una decisión del *pater* exclusivamente tal determinación.

1.2. Edad Media.

En España, el extenso periodo de la Edad Media permitiría, por sí mismo, efectuar algunas reflexiones sobre la evolución de los contenidos de los delitos sexuales y a relevancia de ciertas lesiones a dicha esfera.

Como precisamente nos recuerda MASFERRER DOMINGO (2017, p. 701)²⁴¹, resulta frecuente que, en el análisis o aproximación historiográfica, desde la

²⁴¹ V. MASFERRER DOMINGO, A. (2017). La distinción entre delito y pecado en la tradición penal bajomedieval y moderna. Una propuesta revisionista de la historiografía española, europea y anglosajona. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 87, 693–756.

perspectiva penal, de lo que modernamente llamamos “delitos sexuales” respecto de aquella etapa de la Historia se recurra a los paralelismos con las actuales categorías que la dogmática penal ha construido tras una dilatada evolución conceptual. Si se incurriera en tal defecto, indudablemente, se partiría de un sesgo valorativo metodológicamente inasequible, por tratar de comprender el pasado desde una comparativa permanente con nuestra vigente realidad. La simplificación hacia una presunta ecuación sobre los conceptos de “delito” y de “pecado”, pretendidamente vigente en la Edad Media se erige como obstáculo para una ponderada interpretación de las fuentes históricas –si se adopta como premisa–, especialmente para el tratamiento de las cuestiones que atañen a la esfera sexual (“delitos contra la honestidad”, “contra la moral” o “contra las buenas costumbres”, según diversos textos que podremos analizar).

No puede dejar de advertirse cómo en ocasiones no se ha profundizado en las razones del especial castigo de los delitos que afectaban a la esfera sexual, que van más allá de la influencia de la moral cristiana, exclusivamente²⁴², para adentrarse en cuestiones con vertientes demográficas y de control social, que se preponderan sobre la censura moral de los actos, en el plano de las creencias.

²⁴² Véase, a este efecto, la reflexión de MINGUIJÓN ADRIÁN, J. S. (1926). *Historia del Derecho Español. Derecho Penal*. Artes Gráficas Casañal, pp. 55-56, cuando advierte cómo no es acertada la identificación automática de delito y pecado, en tanto que no son dos elementos coincidentes necesariamente en el Derecho Penal medieval ni en su posterior etapa, aun cuando la materia sexual haya siempre tenido una impronta fuertemente ligada a la censura moral, en su faceta hedonista y no procreadora. Aun así, se sostiene cómo no se produjo en la Edad Media, en sentido real, una fusión de los conceptos del Derecho Penal y el canónico; sino, a lo sumo, una concordancia en algunos aspectos, cuando se conjugaba un interés de la Iglesia en reprender ciertas conductas que, en el plano profano, también se consideraban censurables. En sentido contrario, nótese como se atribuye a ALFONSO DE PALENCIA (1490), en su célebre obra *Universal vocabulario en latín y romance*, la máxima: “*Delicto es quando no se cumple el mandamiento de Dios y el pecado que se faze lo ve dado por ponerse uno por otro sin diferençia*”, en PALENCIA, A. (2005). *Universal vocabulario en latín y en romance. Tomo I (Año 1490)* [Libro electrónico]. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Recuperado 29 de marzo de 2022, de <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc416>

TOMÁS Y VALIENTE (1992, p. 236)²⁴³ ya advertía, no obstante, que *“en aquellos siglos, cualquier delito implicaba una infracción cumulativa respecto de Dios, hacia la República y a la víctima”*. Tal situación llevaba a la relación de pluriofensividad, especialmente en lo que a ciertos delitos (los que hoy adjetivaríamos como “sexuales”), en la que se lesionaba frecuentemente los intereses religiosos, pero además, los sociales o políticos y los personales de los implicados, concurrentes en no pocos casos.

En un intento de focalizar el análisis hacia fuente histórico-normativas de especial trascendencia y tradición en nuestro ordenamiento, debemos partir del Derecho visigótico, donde encontramos una referencia de interés con respecto a las relaciones matrimoniales (por ende, sexuales) y la cuestión de la edad, y más concretamente, con la diferencia de edad de la mujer y el hombre, en el sentido de proscribirse precisamente que un hombre de menor edad pudiera contraer matrimonio con esposa mayor que él. No existiendo una minoría de edad y mayoría de edad claramente fijada por las diversas normas de esta etapa, sí es interesante la referencia que ÁLVAREZ CORA (1997, p. 35)²⁴⁴ efectúa respecto de una Ley de Recesvinto –L.V. 3, 4, 1–, en la que, según este historiador, se señala cómo *“Los matrimonios de edad desigual degeneran, se enjuicia, en espantos de la progenie, enfrentan costumbres desacordes, son material inflamable para que la avidez sexual de la mujer vicie a los barbilampiños y corrompen el sano principio, antiguo, de la dirección por el hombre de la mujer”*. Precisamente, la referencia a esa cualidad de

²⁴³ En TOMÁS Y VALIENTE, F. (1992). *El Derecho Penal de la monarquía absoluta*. Tecnos, predicado fundamentalmente respecto de la Edad Moderna, pero perfectamente extrapolable a épocas históricas anteriores, sustituyéndose precisamente el concepto “república” por “monarquía absoluta”, en los países europeos.

²⁴⁴ En ÁLVAREZ CORA, E. (1997). *Derecho sexual visigótico. Historia Instituciones Documentos-Universidad de Sevilla*, 24, 1-52.

barbilampiños²⁴⁵ nos evoca, precisamente a una etapa prepuberal o peripuberal del varón, cuya relación en ese sentido no se censuraba respecto de la mujer de su edad, sino de la mayor. En este caso, la sanción de nulidad de esa unión, determinaba la respuesta del ordenamiento. No se trataba pues, inicialmente, de una respuesta penal, pero sí de una interdicción basada en una cuestión madurativa (aun por razones diametralmente alejadas del criterio protector actual, sino sustentadas en una dificultad o imposibilidad de ese varón más inexperto para dominar a la mujer, en la concepción patriarcal propia del momento histórico).

Un antecedente también de sumo interés se encuentra en el Fuero Real, datado en el siglo XIII, en el marco del reinado de Alfonso X, cuando se viene a asentar una regulación de los delitos sexuales fuertemente basada en la impronta del Derecho romano. Sintéticamente, cabe señalar cómo el delito de adulterio, se regula en el Fuero Real, Libro IV, Título VII, Ley I- VII²⁴⁶, y se establece una regulación interesante, destacando en su detallismo y casuismo. Se viene a establecer, bajo la rúbrica de los adulterios, conductas de reprensión diversa, como los incestos.

En lo atinente al adulterio en sentido estricto, tal hecho suponía para el marido de la adúltera una caída en una modalidad *sui generis* esclavitud de ambos, adúltera y el varón con quien mantuvo esa relación, en la medida que la norma señala: “*Si mujer casada ficiere adulterio, amos sean en poder del marido, e faga*

²⁴⁵ Para el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “muchacho que se está haciendo hombre”, que encuentra un sinónimo en “imberbe”.

²⁴⁶ Vid. REAL ACADEMIA DE HISTORIA. (1836). *Opúsculos legales del Rey Don Alfonso el Sabio*. Recuperado de <http://fama2.us.es/fde/opusculosLegalesT2.pdf>

dellos lo que quisiere e de quanto an, asi que non pueda matar el uno dellos e dexar el otro". Así pues, podía acabar con la vida de ambos, no de uno solo de ellos, y quedaban por tanto bajo su mano, a todos los efectos.

Igualmente, se establece un requisito de procedibilidad particular consistente que por el adulterio podía acusar cualquier persona a la mujer, pero si el marido no lo hiciere, nadie podía hacerlo. Se entiende que es el honor del marido lo que se lesiona a través de esta conducta (Ley III del mismo texto legal), y se limita que el marido pueda ser quien acusar de adulterio a la mujer si ha sido él quien lo ha promovido -por su consejo o mandato, conforme a la Ley V de la citada regulación)²⁴⁷.

En la relación incestuosa se prevé que fuera del ámbito de la Iglesia, quien mantuviere esa clase de relaciones fuere remitido por siempre a un monasterio para hacer oportuna penitencia (Fuero Real, Libro IV, Título VIII, Ley I) , lo que supone una consecuencia de índole religioso pero con una evidente carga punitiva de privación de libertad, en tanto que el ingreso y mantenimiento en la institución monástica no nace de la libre expresión de la fe, sino de la necesidad de acatar las consecuencias aflictivas del hecho ilícito.

²⁴⁷ También sucederá lo mismo en Las Partidas, como señala MENDOZA GARRIDO, J. M. (2008, junio). Mujeres adúlteras en la Castilla medieval: delincuentes y víctimas (p. 170) en BAZÁN DÍAZ, I., (Coord.), *Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, 5. Recuperado de <https://www.durango-udala.net>. Véase cómo en Las Partidas, se sanciona también de manera dispar el adulterio de la mujer (azotes y reclusión ulterior monástica), frente al varón que yaciere con mujer ajena, que prevé la muerte del mismo (Partida VII, Título XVII, Ley II). Así lo apuntamos también FUERTES IGLESIAS, C. y FUERTES ROCAÑÍN, J. C. (2012). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En A. SERRANO GIL (Coord.), *Manual de Enfermería Legal y Forense* (pp. 475-478). Díaz de Santos.

Para los supuestos de los crímenes *contra natura*, como es la sodomía²⁴⁸, el Fuero Real prevé un castigo ejemplar consistente en la castración pública y pasado el tercer día, ser colgado de las piernas hasta la muerte (Fuero Real, Libro IV, Título IX, Ley II).

Para Las Partidas, finalmente, la cuestión de la violación merecía diversa respuesta en función de la condición del sujeto pasivo del delito. Así, la diferencia era diametral entre la reprensión al agresor de una mujer honesta (la muerte), a una pena oscilante, en atención a las circunstancias de la mujer, como expone OCAÑA FERNÁNDEZ (2017, p. 72)²⁴⁹.

Por referencia al Derecho Penal histórico del Reino de Aragón, los delitos contra menores en el ámbito de la honestidad, se sancionan bajo denominaciones como la de “aplegamiento carnal” en el fuero de las Cortes de Zaragoza de 1349, la yacencia por el siervo o jornalero con la hija, hermana, prima o nieta del amo, todas menores, castigando la conducta con la muerte²⁵⁰.

Un aspecto reseñable de este extenso periodo es la decisiva influencia de la religión católica y de quienes representan a la misma en la configuración de los mecanismos coercitivos, y la relevancia de una institución que en España alcanzó su máxima expresión, como es el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, en las postrimerías de la Edad Media y en la Edad Moderna.

²⁴⁸ V. VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, J. (1984). Fuero Real 1, 7,4. *Historia. Instituciones. Documentos*, 11, 343-374.

²⁴⁹ V. OCAÑA FERNÁNDEZ, S (2017). *Violencia, marginación, delitos sexuales y capacidad jurídica de la mujer en Las Partidas alfonsíes*. (Trabajo de Fin de Master). Universidad de Jaén, España.

²⁵⁰ V. GUALLART DE VIALA, A. (1977). *El Derecho Penal histórico de Aragón*. Diputación Provincial de Zaragoza. Institución Fernando el Católico; y en BERGUA CAMÓN, J. (1950). Fueros de Aragón de 1265 a 1381 [Universidad de Zaragoza]. En *Anuario de Derecho Aragones: Vol. V*.

1.3. La Inquisición española (1478- 1834).

El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en España es una institución que nace bajo el amparo de los Reyes Católicos, y como señala FERNÁNDEZ COLLADO (2007) ²⁵¹, fueron, en su opinión, “el temor a la apostasía de los judaizantes y la convicción de que la Iglesia y el Estado estaban minados desde dentro, las razones decisivas para la creación de la Inquisición en España” (p. 72).

Fue el Papa Sixto IV quien en 1478 otorgó la bula para la creación de esta institución, no dependiente del pontífice romano, autorizándose a los Reyes Católicos “para poder nombrar inquisidores con jurisdicción sobre los herejes”, dictándose el primer auto de fe en Sevilla el 6 de febrero de 1481²⁵², y pervivió hasta el Estatuto Real de Martínez de la Rosa de 1834 promulgado en tiempos de la Regencia de María Cristina de Borbón. No obstante, desde la Constitución de Cádiz de 1812, se desarticula en buena medida el entramado inquisitorial, de forma que solo pervivirán algunas Juntas de Fe, particularmente operativas tras el triunfo de los Cien Mil Hijos de San Luis, en las postrimerías del reinado de Fernando VII, en 1823 y hasta su muerte, en lo que constituye históricamente la llamada Década Ominosa (1823-1833).

Ello no empece la existencia de Tribunales seculares, sino una coexistencia de ambas jurisdicciones penales, en la medida que el *ius puniendi* no es un

²⁵¹ Los datos que aportamos se extraen de la obra de FERNÁNDEZ COLLADO, Á. (2007). La Inquisición española. En *Historia de la Iglesia en España. Edad Moderna* (pp. 72-80). Salamanca, España: Instituto Teológico San Ildefonso.

²⁵² *Ibid.*, p. 75

atributo exclusivo del soberano, sino también lo es de la Iglesia, que, en su concepción de preservación de los dogmas y moral cristiana, ejercía una función de reprensión.

Por parte de ALVAR EZQUERRA (1997, p. 26)²⁵³ se apunta que la Iglesia podía imponer, a través del referido órgano, podían ser espirituales (no eran, por lo común, puramente de esta índole, en cuanto conllevaban, por lo común, algún tormento físico), económicas (esencialmente, las confiscaciones) o corporales puras (la “relajación”, es decir, la entrega a las autoridades civiles para ejecutar la condena a muerte, que no era directamente aplicada por la Inquisición, pero sí se disponía a tal menester a la autoridad civil, mediante la hoguera o el garrote, en función de la naturaleza y gravedad del hecho, y especialmente también, de si el sujeto era un “relapso” –reincidente–, o “reconciliados” –quienes abjuraban de una herejía, lo que no conllevaba, como regla general un indulto, sino una forma más clemente de ejecutar la pena de muerte, en caso de ser condenados como relajados)²⁵⁴.

No existe inconveniente para el Tribunal de la Inquisición en juzgar a los menores de edad²⁵⁵ por sus actos (por fornicación, por masturbación – *polución procurada*, en sus términos–, besos, caricias o cualquier acto de impudicia que pudiera dar lugar a la lascivia, con particular esfuerzo por la lucha contra la

²⁵³ V. ALVAR EZQUERRA, A. (1997). *La Inquisición Española*. Madrid, España: Akal.

²⁵⁴ V. Un estudio específico de las consecuencias y mecanismos punitivos no corporales de la Inquisición en MARTÍNEZ PEÑAS, L. (2020). Más allá de la hoguera: penas no capitales de la inquisición española. *Revista Estudios Institucionales*, 7(12), 179-203. <https://doi.org/10.5944/eeii.vol.7.n.12.2020.27304>

²⁵⁵ Narra casos concretos ESCUDERO LÓPEZ, J. A. (1976). *La inquisición española*. Actas de la II Jornada de Historia de Llerena, p. 15, como el caso de una menor valenciana de 13 años –Isabel Magdalena–, cuya tortura ordenada por el Santo Oficio, queda documentada.

sodomía²⁵⁶), y, por ende, también por los pecados que en esta materia pudieran ser susceptibles de su cognición. En este sentido, además, se acude a la justificación “didáctica” de la mortificación o el castigo, como reconducción del alma perdida en pos de una rectificación moral.

De hecho, existen referencias indirectas a esta cuestión de los castigos a menores desarrollados por la Inquisición, partiendo del elenco general de “penas” que podían aplicar. GACTO FERNÁNDEZ (1987, p. 481)²⁵⁷ se hace eco de cómo se podía imponer por el Tribunal la pena de galeras atenuada –importada del Derecho castellano–²⁵⁸, señalándose una duración de cuatro o tres años, entre otros supuesto, en caso de que el galeote “fuera menor de edad”.

Por otra parte, el menor –como el mayor de edad– podía ser acusado de herejía. En su obra, COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA (2018)²⁵⁹ nos destaca como el concepto de “herejía” admitía una configuración no estática, sino que absorbía, bajo su semántica, elementos como la blasfemia²⁶⁰, la brujería²⁶¹ o la sollicitación²⁶².

Sin querer ahondar en la cuestión directamente, porque es accesoria a esta investigación, no podemos dejar de hacer notar cómo, en algún estudio relevante

²⁵⁶ MOLINA, F. (2010). La herejización de la sodomía en la sociedad moderna. Consideraciones teológicas y praxis inquisitorial. *Hispania Sacra*, 62(126), 539-562. <https://doi.org/10.3989/hs.2010.v62.i126.258>

²⁵⁷ En GACTO FERNÁNDEZ, E. (1987). El delito de bigamia y la Inquisición española. *Anuario de historia del derecho español*, 57, 465-492.

²⁵⁸ Por lo común, por cinco y hasta diez años, ya que menor tiempo era económicamente infructuoso, como señala el autor, en cuanto que el galeote requería unos dos años para aprender a remar en condiciones, de forma que su rendimiento empezaba desde el tercer año.

²⁵⁹ En este sentido, destacamos la interesante obra de esta autora, en COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M. J. (2018). El sexo y la Inquisición1. *ILCEA*, (33). <https://doi.org/10.4000/ilcea.4986>

²⁶⁰ KAMEN, H. (1985). *La inquisición española*. (G. ZAYAS, Trad.). (p. 79). Barcelona, España: Critica.

²⁶¹ Sobre este tema, se pronuncia en PROFUNDIDAD SALLMANN, J. M. (1991). *Las brujas, amantes de Satán*. El País Aguilar.

²⁶² Así se explora en SARRIÓN MORA, A. (2010). *Sexualidad y confesión*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

sobre la implementación de estos Tribunales (se habla de “La Inquisición”, si bien, en puridad, hay tantas “Inquisiciones” como Tribunales existían, ante la ausencia de verdaderos criterios exegéticos unificados ni una pauta de actuación de equivalente ponderación, más allá de unos mínimos estándares morales para la censura, comunes a todos estos órganos), como el desarrollado por BÆGLIN (2003, p.520 y ss.), que abunda en el estrato social de los reos sometidos al yugo inquisitorial, siendo especialmente significativo el hecho de que el 85% de los condenados ante el Tribunal inquisitorial de Sevilla, uno de los más relevantes de España, eran personas pertenecientes al estrato social más bajo, campesinos y labradores (menores de edad incluso, en la medida del trabajo infantil desde temprana edad en tales ámbitos), con nula capacitación educativa. Las intervenciones del Tribunal, penológicamente hablando, redundan en la idea de la mayor severidad con los menos favorecidos económicamente, a quienes se sometía con mayor frecuencia e intensidad a los reproches del Santo Oficio.

Por otra parte, resalta TOMÁS Y VALIENTE (1990, pp. 105 y ss.) que no cualquier conducta inapta para la procreación humana en el seno matrimonial, recibe la consideración de un delito *contra natura*²⁶³. De tal manera, extracta magníficamente este autor una correlación de delitos de cariz sexual, que, de menor a mayor gravedad, son los que siguen: i) *la fornicación simple* -es decir, hombre y mujer fuera del ámbito matrimonial, que siquiera puede considerarse grave si se tratare de un fin procreativo de dos personas que, pudiendo haberse casado, no lo hubieran hecho-; ii) *el estupro*, concebido en este momento como la

²⁶³ Sobre esta cuestión, debemos enfatizar la magnífica aportación de TOMÁS Y VALIENTE, F. (1990). El crimen y pecado contra natura. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* (pp. 105-128). Recuperado de <http://salutsexual.sidastudi.org/resources/inmagic-img/DD23410.pdf>

relación sexual entre hombre y doncella, distinguiéndose su condición de púber o impúber y la existencia o no de dolo, entendiendo siempre a la mujer como engañada -no pudiendo serlo el hombre-; iii) *el adulterio*, donde existe ofensa al marido -no penándose, en sentido contrario-; iv) *el incesto*, diferenciándose casuísticamente el grado de parentesco; v) *el sacrilegio*, en relaciones sexuales con religiosas; vi) el más grave, el pecado *contra natura*, aquellos que alteran el orden natural de la procreación, como la bestialidad, las molicies o los tocamientos impúdicos de zonas erógenas, y particularmente graves, los pecados nefandos – con énfasis en la sodomía²⁶⁴.

Siguiendo a PLANAS ROSSELLÓ (2001, p. 83)²⁶⁵, encontramos ejemplos de Derecho Penal medieval y de la Edad Moderna, de extraordinario interés, dentro de nuestro país, en zonas como las actuales Baleares y Cataluña, advirtiendo este autor cómo el Derecho viene a castigar, como delitos “contra la moral sexual”, todos aquellos que atentan contra las normas católicas sobre esta materia.

Así, coincide en castigarse como delito de mayor gravedad la sodomía – entre hombres y también entre mujeres, al considerarse de tal forma las relaciones homosexuales entre miembros del género femenino- y la bestialidad, siempre castigadas con la muerte; frente a otras conductas de menor reprensión, como la masturbación o el incesto -solo en grado muy próximo, en cuanto al perjuicio a la comunidad de tal relación- o el concubinato. En estos delitos, nótese como el sujeto activo puede ser un menor de edad, así como el pasivo; en tanto

²⁶⁴ V. en lo atinente a la mujer y el Santo Oficio, resulta de interés el estudio monográfico SÁNCHEZ ORTEGA, M. H. (1992). *La mujer y la sexualidad en el Antiguo Régimen*. Akal.

²⁶⁵ Planas Rosselló, A. (2001). Los delitos. En *El Derecho Penal histórico de Mallorca* (pp. 83-86). Palma de Mallorca (siglos XIII- XVIII), España: UIB.

que, precisamente, la desatención al orden moral sexual impuesto por la concepción católica de promueve la Inquisición no hace distinción especial con la cuestión de la edad, en lo que a la necesidad de intervención punitiva se refiere, sino que solo, como hemos referido, atempera –en ocasiones– el rigor del castigo, fundamentalmente por cuanto, siendo generalmente tormentos físicos, la incapacidad de superar los mismos por parte del sujeto a quien se infrinjan se tomaba en consideración –cfr. en la pena de galeras, como hemos ya expuesto–.

En cuanto al estupro -frente a menores-, se introduce siempre un componente de valoración del engaño empleado frente a la mujer, en una forma de abuso sexual; diferenciado de la violación, en el empleo de violencia o intimidación, para la consecución del fin lúbrico. Solo pueden ser sujeto pasivo, según el antedicho autor, las mujeres “honestas” -excluyéndose prostitutas-, puesto que el concepto protegido no es la libertad sexual, sino el honor sexual, como interesantemente plantea.

En estos casos, la solución es semejante al Derecho Romano, cuando se trata de doncellas (de más de 12 años que fueren solteras), y era el matrimonio forzado o satisfacción de una dote.

Así pues, la España del tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna fue marcada por esa impronta del órgano inquisitorial, en lo que a la concepción de los delitos sexuales y su prosecución criminal se refiere. Su reprensión y punición era una cuestión de carácter moral, y como tal, la justicia secular coexistió con la canónica durante este tiempo, como en etapas anteriores, en lo que se

consideraba delitos de fuero mixto, competencia de la Justicia real y la diocesana²⁶⁶.

1.4. Notas sobre el Derecho Penal Sexual de la Edad Moderna, al margen de la Inquisición (s. XV- XVIII).

En la Edad Moderna, el cariz normativo de la materia que nos atañe, permanece en lo sustancial inalterado, respecto del régimen medieval.

No obstante, sí debe señalarse cómo, en opinión de algunos autores, como DUBY Y PERROT (2018)²⁶⁷, la Reforma luterana y la Contrarreforma, dieron lugar – si cabe – a un mayor culto al recato, y, por ende, debemos entender una reafirmación –quizá mejor que expansión, por cuanto lo que está ya absolutamente amplificado o distendido no puede desarrollarse más– del concepto de “moral sexual colectiva”.

A tal concepto, además, contribuyeron epidemias como la de sífilis, documentada entre 1550-60 en toda Europa, que generó una concepción de “respuesta” teológica a las conductas licenciosas, lo que llevó a una persecución masiva de la prostitución en el centro de Europa durante esta etapa, así como una importante reprensión punitiva de las relaciones extramatrimoniales²⁶⁸.

²⁶⁶ Véase en este sentido la notable aportación de CANDAU CHACON, M. L. (2002). Un mundo perseguido : Delito sexual y justicia eclesiástica en los tiempos modernos. En J. I. FORTEA PÉREZ, J. E. GELABERT y T. A. MANTECÓN MOVELLÁN (Coords). *Furor et rabies : violencia, conflicto y marginación en la Edad Moderna* (pp. 403-432). Universidad de Cantabria, sobre el tratamiento procesal de los delitos sexuales en la Edad Moderna por los tribunales eclesiásticos en España.

²⁶⁷ Nos remitimos, por ser un tema interesantemente desarrollado, a DUBY, G. y PERROT, M. (2008). *Del Renacimiento a la Edad Moderna (Historia de las mujeres 3)*. New York, Estados Unidos: Penguin Random House.

²⁶⁸ Véase lo que los autores de la nota anterior vienen a constatar, en Alemania y Suiza, durante los años 1537 a 1562, y la importancia proporcional de esta clase de crímenes, considerados delitos sexuales, en el conjunto

Por supuesto, cualquier conducta de mayor entidad criminal, entendida como las formas de sexualidad no autorizadas por la autoridad religiosa, eran sancionadas con fuerte dureza²⁶⁹.

Resulta también muy esclarecedora la perspectiva de autores como PÉREZ GARCÍA (2013, pp. 357 y ss.)²⁷⁰, que analiza el peso de la perspectiva misógina de los tribunales seculares en la etapa que nos atañe, a la hora del abordaje judicial de las causas por delitos sexuales, donde señala el autor, escasamente eran las causas por estupro y violación, las únicas que tenían visos de prosperar, frente a planteamientos, en el ámbito de la violación de niñas, donde se justificaban las conductas por cuestiones como *“la impudicia natural de la mujer, la provocación erótica, la naturalidad de sus pulsiones sexuales, o la capacidad de resistencia de la mujer”*; siendo que, si la mujer era adulta, jugaban en su contra otros estereotipos, como su capacidad de defensa.

Este autor refiere cómo la guía habitual de los magistrados británicos de la época (*Justice of the Peace*, 1756, de BURN, según LAQUEUR) llega al extremo de entender el embarazo como una *“muestra de aquiescencia, puesto que el miedo, el terror y la aversión que acompañan a una verdadera violación impid(en) la aparición del orgasmo, haciendo así altamente improbable la concepción”*²⁷¹.

de las actuaciones judiciales de los tribunales seculares de Ginebra. También en España, se produjeron elementos semejantes, como el decreto de cierre de los burdeles, ordenado por Felipe IV en 1623 (cfr. n. 270, p. 391).

²⁶⁹ Muy destacable es el estudio desarrollado, en la Universidad de Wisconsin-Milwaukee por WIESNER-HANKS, M. E. (2001). *Cristianismo y sexualidad en la edad moderna*. (M. Rubio Fernández, Trad.). Siglo Veintiuno.

²⁷⁰ PÉREZ GARCÍA, P. (2013). La criminalización de la sexualidad en la España Moderna. En J. I. FORTEA PÉREZ, J. E. GELABERT GONZÁLEZ, T. A. MANTECÓN MOVELLÁN (Coords.), *Furor et Rabies* (pp. 357-402). Madrid, España: Alianza Editorial.

²⁷¹ Op. cit. n. 270, p. 389.

En otro sentido, debemos señalar cómo los delitos sexuales, en la medida de su concepción como delitos contra la moral sexual -en este caso, en España, católica-, traían consigo el deber de delación por quienes los conocieran ante los Tribunales eclesiásticos.

Recordemos que el Santo Oficio en nuestro país no será abolido inicialmente hasta la Constitución de Cádiz de 1812 fruto ello de una trayectoria que arrancará con la ocupación francesa de España y por los ejemplos abolicionistas de otros territorios o reinos, como el de Sicilia o Nápoles, con desigual evolución pero misma conclusión erradicadora del Tribunal inquisitorial, así como por la firme voluntad de independencia de un poder extranjero (el Papa), tras la infausta y reciente experiencia napoleónica; si bien formalmente, resistirá en el ordenamiento jurídico español hasta el Estatuto Real de Martínez de la Rosa, sancionado durante su Regencia por María Cristina de Borbón.

CAPÍTULO V.- LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO DE SU SEXUALIDAD (II): DESDE LA EDAD CONTEMPORÁNEA A NUESTROS DÍAS

1. Introducción: líneas de evolución desde de la protección penal de la honestidad a la tutela de la libertad e indemnidad sexuales.

La libertad e indemnidad sexuales, como bienes jurídicos protegidos en las actuales figuras de los arts. 178 y ss. CP , aparecen como fruto de un devenir histórico, de cuya reflexión y valoración no conviene prescindir para poder obtener una perspectiva longitudinal que nos permita explicar los cambios normativos de las últimas décadas, y en su caso, explicar las vías del proceso actual de expansión a los que los delitos sexuales parecen irrefrenablemente abocados.

Una parte relevante del discurso y confrontación política más reciente, con notoria presencia de esta materia en la agenda y programas políticos²⁷², se ha constituido en la revivificación del debate acerca de la protección penal de la libertad e indemnidad sexuales (especialmente, respecto de la primera de las cuestiones), y fundamentalmente, sobre los ejes ya apuntados en la introducción de la parte primera de esta tesis (la presunta “impunidad”, previa a la regulación

²⁷² Desde los programas políticos de los partidos de todos los espectros, se anuncian medidas que afectan directa o indirectamente a la represión de los delitos sexuales –bien mediante la propuesta de la pena de prisión permanente revisable para los casos de reincidencia en casos de delito de violación, como planteó el Partido Popular en su programa de 2019, cfr. PARTIDO POPULAR (España). (2019). *Programa Electoral*. https://www.pp.es/sites/default/files/documentos/pp_programa_electoral_2019.pdf; o la medida número 73 del programa electoral de PODEMOS, que apuesta por reformas en materia de prescripción de la responsabilidad penal en delitos sexuales o la creación de una fiscalía especial en materia sexual, cfr. PODEMOS (España). (2019). *Programa elecciones generales*, semejante a la que sugiere otro partido de espectro autonómico, como Esquerra Republicana de Catalunya, cfr. Esquerra Republicana de Catalunya. (2019). *Programa eleccions generals 2019*. https://www.esquerra.cat/arxiu/programes/e2019-2_programa.pdf.

a la LOGILS, y la supuesta necesidad de dar respuesta a la demanda social de ciertos grupos de opinión sobre alegadas insuficiencias del Código Penal en la protección de las víctimas de delitos sexuales).

Para un adecuado trazo de la trayectoria evolutiva –en ese fluir constante del Derecho Penal actual, acogido a una tendencia de provisionalidad legislativa en España con cambios normativos constantes en la ley sustantiva criminal– y de las perspectivas que en este trabajo ambicionamos plantear, metodológicamente hemos considerado imprescindible dedicar un esfuerzo relevante de la investigación a la revisión histórica de la evolución del Código Penal en relación con los delitos sexuales, focalizando nuestros esfuerzos hermenéuticos en la etapa que transita desde la Edad Contemporánea hasta los tiempos presentes. Los antecedentes históricos, como criterios hermenéuticos generales (art. 3.1 CC), revisten mayor relevancia aún en aquellas materias de análisis que están sometidas a tensiones de carácter social y moral tan intensas como las proyecciones interactivas de la sexualidad humana.

2. Los textos sustantivos criminales comunes decimonónicos (Códigos penales españoles de 1822, 1848 y 1870).

2.1 El Código Penal español de 1822.

El Código Penal español de 1822 es el primer texto sustantivo criminal tras la Constitución de Cádiz de 1812. Supuso un hito incuestionable para la legislación española, en tanto que permitió superar una legislación penal arcaica y carente de sistematicidad. Fue una de las primeras muestras en nuestro

ordenamiento jurídico del impulso de la Codificación. Ciertamente, se señaló en su momento por ANTÓN ONECA (1965, p. 273)²⁷³ que su aplicación fue, a lo más, “breve, imperfecta y desigual”. Se reconoce por CEREZO MIR (2004, p. 128)²⁷⁴, una notable influencia del Código de Napoleón de 1810 y del Derecho histórico español (Fuero Juzgo y las Partidas).

Nos encontramos en una etapa histórica en la que comienza el reconocimiento ciertos derechos subjetivos como fundamentales²⁷⁵ entre los que destaca la libertad individual. No obstante, la misma se liga con el ejercicio de los derechos políticos y civiles, y no así con otras expresiones del pensamiento o de la libertad de acción (como es, en el ámbito que nos atañe, la proyección sexual de la personalidad). Aun el sexo se considera un elemento tabú, ligado al vínculo matrimonial y a la función reproductora, siendo pecaminosa –y censurable– cualquier manifestación que excediera de tal concepción, por lesiva a las buenas costumbres y a la decencia, sustanciada en los conceptos de la moral sexual dominante.

Esta perspectiva es particularmente acusada en la España de inicios del siglo XIX, en la que el impulso liberal de la Constitución de Cádiz no alcanzará a la materia del tratamiento de los delitos sexuales, que seguirá fuertemente vinculado a los conceptos preexistentes de honestidad y moralidad. A tal efecto,

²⁷³ V. ANTÓN ONECA, J. (1965). Historia del Código Penal de 1822. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2, 263-278.

²⁷⁴ V. CEREZO MIR, J. (2004). El nacimiento del Derecho Penal. En *Curso de Derecho Penal español* (6.ª ed., Vol. 1, pp. 124-138). Madrid, España: Tecnos.

²⁷⁵ V. Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, en <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>; Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de la República Francesa, en https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf;

conviene comenzar advirtiendo que en el Proyecto de Código Penal presentado a las Cortes el día 1 de noviembre de 1821²⁷⁶ se expone el sentido de la nueva regulación, en un intento de purificar el texto criminal de ciertas reminiscencias con connotación o significación puramente histórica o de moral cristiana, la cual, aun siendo marcadamente preponderante en la sociedad de la época, no se concebía adecuada tomar como criterio rector de este texto legal.

Procedemos a extraer la concreta alusión:

“El primer paso de la comisión fué recoger del extinguido Consejo de Castilla una colección de papeles, compresiva de trabajos preparatorios para la reforma de nuestras leyes. La opinión le atribuía gran mérito, como sucede ordinariamente con todas las obras misteriosas y trabajadas clandestinamente, que se alaban porque no se conocen, y no se conocen porque jamás se han publicado ni expuesto á la censura de los inteligentes. La comisión tuvo el disgusto de no encontrar en esta indigesta colección sino borradores, apuntamientos, piezas incompletas, trozos incoherentes y no bien acabados, disertaciones escolástico-forenses, disgresiones tan prolijas como inoportunas, y lo que en su clase no carace de algún mérito, un extracto literal y circunstanciado de todas las leyes penales que se han publicado en los principales cuerpos de nuestro derecho (...). Todo parece que se iba preparando para hacer algunas mejoras en la proyectada edición novísima del Código recopilado; mas el objeto no era introducir las saludables innovaciones y convenientes reformas que tanto necesitaba, sino sostener y conservar el antiguo y vicioso sistema, las mismas bases, las mismas penas y tantas leyes y títulos intempestivo en el día como, por

²⁷⁶ DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (España), Núm. 38, 1 de Noviembre de 1821, Legislatura 1821-1822 Extraordinaria, p. 481 y ss., recuperado el 24 de abril de 2020, en https://app.congreso.es/est_sesiones/

ejemplo, los de la Santa Trinidad y de la fe católica, de los judíos y su expulsión de estos reinos, de los moros y moriscos, de los hereges y descomulgados, de los adivinos, hechiceros y agoreros, de los juramentos y perjurios, de los sacrilegios, de las usuras y logros, de la sodomía y bestialidad, con otros que no deben ocupar ningún sitio ni insertarse en un buen Código criminal”.

Sin perjuicio de esa intención secularizadora del texto penal, indudablemente la apelación a que en el Código Penal de 1822 se efectúa las “buenas costumbres” (Título VII) trae consigo que nos encontremos ante una referencia de carácter necesariamente indeterminada, en cuanto a que ya nos recordaba ANTÓN ONECA (1951, p.53) ²⁷⁷ a propósito del Derecho Penal decimonónico, que *“la convicción popular es fuente de interpretación y de formación de la ley penal”*, en la medida que los juzgadores, *“cuando han de reconocer los actos productores del escándalo público o las doctrinas contrarias a la moral y a las buenas costumbres (...) no hacen otra cosa que consultar la convicción popular o dejar que esta hable por su propio sentir”*.

Conviene diferencia entre los delitos contra las “buenas costumbres”, que se disciplinan como delitos contra la sociedad; frente a los “raptos, fuerzas y violencias contra las personas”, que se proyectan como delitos contra la persona. A este efecto, podemos atender al concepto de “buenas costumbres” que ofrece DEL RIO (*apud* SILVA SILVA, 1995, p. 410)²⁷⁸, cuando lo identifica con el “conjunto

²⁷⁷ ANTÓN ONECA, J. (1951). *La utopía penal de Dorado Montero* (Vol. 2). Salamanca, España: Universidad de Salamanca.

²⁷⁸ V. SILVA SILVA, H. (1995). *Medicina Legal y Psiquiatría Forense* (Vol. 2). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

de juicios, y más comúnmente de prejuicios, existentes sobre la materia de preferencia sexual en una época y medio dados”.

A la par, la propia constitución gaditana no deja dudas sobre relación entre Iglesia y Estado, cuando en su art. 12 establece que “la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra”. Por tanto, la confesionalidad del Estado español, proclamada en su primera constitución “moderna”, es un factor clave para entender en la materia sexual la constante presencia de la moral judeo-cristiana como factor modulador de la conducta social, tanto en el ámbito religioso como en el secular, y en concreto en las leyes civiles y penales del Estado²⁷⁹. Como advierte acertadamente CLAVERO SALVADOR (1990, p. 66)²⁸⁰, “pecado no es asunto de teología, o de moral si se quiere, y delito de justicia, sino ambos de ambas, de la ley con todo su despliegue: ley eterna, ley divina positiva, ley natural”.

En el marco del Título VII del Código Penal de 1822, son dos los capítulos en los que nos vamos a centrar.

Comenzamos por el Cap. I, rubricado “De las palabras y acciones obscenas en sitios públicos y de la edición, venta y distribución de escritos, pinturas o

²⁷⁹ V. GARCÍA GARCÍA, R. (1999). El primer Código Penal español de 1822 y su regulación de la religión católica. *Derecho y Opinión: Revista del Departamento de Disciplinas Histórico-Jurídicas y Económico Sociales. Universidad de Córdoba (España)*, 7, 343-364. <https://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/7139>; NÚÑEZ RIVERO, C. (2011). El tratamiento religioso en la Constitución de Cádiz. *Revista de Derecho Público UNED*, 82, 351-390

²⁸⁰ CLAVERO SALVADOR, B. (1990). Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones. En F. TOMÁS Y VALIENTE (Ed.), *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* (pp. 57-89). Alianza.

estampas de la misma clase” que viene a suponer el grueso de la protección penal de la esfera sexual pública del Código referido.

De tal regulación, debemos destacar sucintamente algunos aspectos:

- La tipificación de los actos de obscenidad, con independencia de que se realicen ante adultos o menores, sean verbales o por acciones indecentes. Se castigan en el ámbito religioso (arts. 527) y profano (art. 528 CP), sin perjuicio de que existiera o no ánimo libidinoso del autor, en tanto que lo relevante es la ofensa a las buenas costumbres que deben presidir la conducta pública de los individuos.
- Los anteriores delitos se castigan sin perjuicio de los daños efectivamente irrogados (injurias) frente a los sujetos pasivos (art. 530).
- Se sanciona expresamente la exhibición del cuerpo desnudo, aun cuando no tenga finalidad sexual, pero sí pueda ofender al pudor (art. 531), sin distinguir entre sujetos pasivos mayores o menores de edad, siempre que el acto se realice en vía pública y a la vista de personas de distinto sexo. Para las “buenas costumbres”, en 1822, era lesiva la mera desnudez, como manifestación impúdica de una persona ante otra -de distinto sexo-, o de cualquier otro modo (véase, actos que no conlleven un desnudo integral, pero sí de partes llamadas “pudendas”). Así pues, existe esa conmixción entre los conceptos de lo obsceno, lo sexualmente relevante y lo adecuado a los patrones de conducta social

–las buenas costumbres–, que lleva a este tratamiento tan singular de la materia.

- Se castiga expresamente la pornografía de adultos, sin especial tratamiento a los menores como potenciales sujetos pasivos.
- Se castiga el rapto con miras de efectuar abuso sobre la persona en el ámbito sexual. No se especifica en un sujeto pasivo femenino, y se particulariza en el caso de que la víctima sea menor de edad de la pubertad (art. 664), lo que vincula la privación de libertad con la finalidad atentatoria contra la honestidad sexual del menor. Se establecen modalidades con violencia e intimidación, con engaño y con abuso de autoridad.

En estos preceptos se deja sentir notablemente la influencia de la legislación anterior al Código²⁸¹, en la que se producía una absorción de la figura del ataque contra la esfera sexual por parte de los delitos contra la libertad cometidos contra una mujer²⁸². Así, se establece una confusión del rapto y del atentado contra la esfera de la víctima. Esta sistemática se sigue hoy, de una manera muy semejante, en Códigos Penales modernos vigentes²⁸³.

²⁸¹ V. FUERO JUZGO, en latín y castellano (1815), Real Academia Española, 1815, Impresor de Cámara de S. M., p. 52.

²⁸² El precepto alude en su redacción a “persona”, que podría dar lugar a las mujeres y a los hombres.

²⁸³ Véase, a título de ejemplo, el art. 130 del Código Penal de la República Argentina (eso sí, tratado en sede de “Delitos contra la integridad sexual” y no “contra la libertad”), modificado por la Ley 25.087, de 7 de Mayo de 1999.

- Un aspecto último, en absoluto desdeñable, es la diferenciación punitiva del Código, en virtud de si la víctima es una mujer casada, o una “mujer pública”²⁸⁴, al penar tales atentados contra estas últimas con la mitad de pena²⁸⁵.

En conclusión, respecto de esta etapa, son tres las notas que vamos a destacar:

- i) La dicotomía entre la protección de la sociedad y del individuo en relación a conductas que atentan contra la esfera sexual de la persona, en cuanto que se distingue el ataque a bienes eminentemente públicos (honestidad y buenas costumbres) frente a los puramente personales.
- ii) La regulación es un tanto caótica en cuanto a la sistemática, y aparece fuertemente vinculada a la legislación penal previa a la codificación en cuanto a sus formas y contenido. Sirva como ejemplo de la falta de coherencia estructural la coexistencia de la regulación de ciertos ataques contra la persona en el ámbito sexual en la misma parte del texto en que se regulan aspectos relativos a la profanación de sepulturas.
- iii) Existen referencias en la protección de la esfera sexual de los menores, no de edad, sino puberalmente, lo que marca una tutela ligada a una concepción de la sexualidad en el marco estricto de las relaciones

²⁸⁴ Sobre la cuestión del tratamiento de la mujer en los Códigos Penales históricos (en España y Portugal), resulta sumamente interesante la aportación de CALVO CABALLERO, P. (2019). *Mujer y Revolución Liberal: el patrón femenino según los primeros Códigos Penales ibéricos*. *Revista Portuguesa de História*, 41-66.

²⁸⁵ Arts. 669 y 670 del Código Penal de 1822 de España.

matrimoniales canónicas y con la finalidad reproductiva –aspecto para lo que es determinante la pubertad de los jóvenes–.

2.2. Código Penal español de 1848.

Recuerda ANTÓN ONECA (1965, p. 263)²⁸⁶, respecto del Código Penal de 1848, su opinión acerca del carácter “más depurado de supervivencias y compuesto con mayor reposo y en tiempos de mejor técnica, es más sistemático y de superior estilo. Pero se reconoce el parentesco por línea recta” (refiriéndose al de Código Penal de 1822).

Por su parte, BRAVO LIRA (2004, p. 33)²⁸⁷ advierte la influencia decisiva en nuestro Código de 1848 del Código Penal austriaco elaborado por ZEILLER de 1803, un paradigma del que HELCEL (1837, p. 109)²⁸⁸, calificó como “*el primero que logró reconciliar en gran parte, las consideraciones de la justicia, con las consideraciones de la humanidad, en consonancia con la época más feliz de nuestra civilización*”. Para tal autor, el texto austriaco se refleja en nuestro sistema a través del Código Penal Brasileño, que influyó en nuestro texto criminal de 1848. GABRIELA COBO DEL ROSAL (2011)²⁸⁹ atribuye a SEIJAS la redacción principal del texto, aun cuando es común en la doctrina la referencia en la autoría del texto a PACHECO.

²⁸⁶ V. ANTÓN ONECA, J. (1965, enero). Historia del Código Penal de 1822. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2, 263-278.

²⁸⁷ BRAVO LIRA, B. (2004). La fortuna del Código Penal español de 1848, historia en cuatro actos y tres continentes. De Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano. *Anuario de Historia del Derecho español*, 74, 23-58.

²⁸⁸ Apud BRAVO LIRA, *Op. cit. Supra*, p. 33, en sus notas.

²⁸⁹ Conforme apunta COBO DEL ROSAL PÉREZ, G. (2011). Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo xix a través de la codificación penal. *Anuario de Historia del Derecho español*, 81. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es>

Éste fue un texto en el que resulta destacable que se aparcara el arbitrio judicial, a favor de una salvaguarda superior del principio de legalidad de las penas, lo que supone un gran avance en pos de la seguridad jurídica²⁹⁰. Para ANTÓN ONECA²⁹¹ (1965, p. 488) se trata de *“nuestro primer Código Penal estable, sustitutivo de la terrorífica legislación del antiguo régimen, que en vez de darse para dulcificar la represión -como, en efecto, se suavizaba en la ley en muchos casos- se dio en buena parte para asegurarla frente a la delincuencia política, cohibiendo el arbitrio judicial, habituado en demasía a la indulgencia, que podía ser peligroso para el Gobierno”*.

En el plano puramente positivo, debemos advertir una notoria evolución de texto sustantivo criminal, hacia un tratamiento de la materia que podríamos concebir como, por una parte, con menor influencia de la legislación previa al Código de 1822 y de una carga moralizante también inferior, destacándose como cuestión, la destipificación de la sodomía²⁹² y pero principalmente, en cuanto a que se supera la dimensión dual del código de 1822 a los delitos sexuales (en parte, regulados en sede de Delitos contra la Sociedad –fundamentalmente, el exhibicionismo– versus Delitos contra la Persona –el rapto, que conllevaba en algunas modalidades la acción contra la esfera sexual–). Es el Código de 1848 el que al establecer, dentro de su Título X, los delitos “contra la honestidad”²⁹³, inaugura la primera referencia codificada a tal bien jurídico. A la par, se

²⁹⁰ V. CASTEJÓN, F. R. (1953, enero). Apuntes de Historia política y legislativa del Código Penal de 1848. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 103-115.

²⁹¹ V. ANTÓN ONECA, J. (1965, marzo). El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 18, 473-495. También interesa la reflexión de GÓMEZ DE MAYA, J. (2013). El codificador ante el crimen nefando. *Anuario de historia del derecho español*, 83, 139-184.

²⁹² En este sentido, por el interesante tratamiento de la cuestión, nos referimos a SÁEZ MARTÍNEZ, G. J. (2015). Aproximación a los abusos sexuales a menores. *Eguzkilore*, 29, 137-170.

²⁹³ De interés por lo comparativo-sistemático, el trabajo de REDONDO GUTIÉRREZ, L. y CORRÁS VÁZQUEZ, T. (2018). Análisis comparativo de la evolución de la concepción penal de la violencia sexual en función del género. En *Libro de actas XI Congreso Internacional de Psicología Jurídica y Forense*. Andavira, pp. 262-264.

estructura la materia entorno a una conceptualización de los delitos sexuales que se va a mantener, en lo sustancial, durante prácticamente un siglo y medio después (adulterio, violación, estupro y corrupción de menores, y rapto).

De la regulación de los delitos que nos ocupan, en el texto de 1848 y en su sistemática, vamos a sintetizar los siguientes aspectos de interés:

- i) Se establece, por primera vez en un texto penal español, un concepto de violación, en el art. 354. La regulación de tal figura típica se estructura sobre una base objetiva de carácter descriptivo, en la que define violación como “yacer con una mujer”, con tres posibles modalidades comisivas: i) obteniendo dicha acción mediante violencia o intimidación; ii) en caso de privación de razón o sentido de la mujer; iii) que la mujer fuera menor de 12 años, aunque no concurren las anteriores circunstancias. Esta estructura permanecerá incólume en nuestros Códigos Penales hasta la LO 3/1989, que introducirá la libertad sexual como bien jurídico.
- ii) Cabe destacar, de la anterior regulación, la intrascendencia del consentimiento de la mujer menor de 12 años para la acción sexual, al castigar ésta en todo caso, sin necesidad de concurrencia de medios violentos, intimidatorios o de engaño o abuso de su situación de privación de razón o consciencia. Lo anterior nos conduce, *contrario sensu*, a advertir la fijación de la edad de consentimiento sexual en 12 años, pero no un consentimiento libre frente a cualquier potencial *partenaire*, sino en el ámbito

matrimonial, al ser la edad canónica a partir de la que podía constituirse el vínculo sacramental del matrimonio canónico²⁹⁴.

- iii) Se establece la figura del abuso deshonesto (art. 355), en el que el sujeto pasivo puede ser un niño o niña, hombre o mujer (a diferencia de la violación), y debe considerarse referido a los actos atentatorios contra la esfera sexual de la persona ajenos a la penetración coital vaginal por el hombre.

Debemos entender como abuso deshonesto una figura semejante al vigente contenido de lo injusto del tipo básico de abuso sexual del art. 181 del Código Penal de 1995, es decir, un acto de carácter sexual en que no media consentimiento del sujeto pasivo, pero en el que no concurren las circunstancias expresadas en el párrafo precedente (ni fuerza o intimidación, ni vicio del consentimiento ni menor edad de 12 años²⁹⁵).

²⁹⁴ Adviértase que antes de la regulación por el Código Civil español de 1889 de los requisitos y formas de matrimonio, debemos destacar el hito de la Ley de Matrimonio Civil de 1870. Antes de dicha norma, regía exclusivamente el matrimonio canónico desde que se dictara por el rey Felipe II la Real Cédula de 1564, que mandó observar cómo Ley del Reino el capítulo *Tametsi* la Sesión XXIV del Concilio de Trento a la que concedía el carácter de Ley del Estado, que estableció el sistema matrimonial religioso, como advierten Rivés Gilabert, J. M. y Rivés Seva, A. P. (2001). Evolución histórica del sistema matrimonial español. *Noticias Jurídicas-Artículos Doctrinales*. Recuperado 16 de diciembre de 2022, de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11680-evolucion-historica-del-sistema-matrimonial-espanol/>

²⁹⁵ Nótese, como elemento de interés en este momento y en posteriores de las reflexiones de esta tesis doctoral, como la edad de consentimiento en el s. XIX en el marco europeo se situaba en 14 años (Código austriaco de 1803), 16 años (Código napolitano de 1819) e incluso 17 años (Código brasileño de 1830), lo que valoraban autores coetáneos españoles como edades excesivamente tardías para dotar de validez a un consentimiento en el ámbito sexual. V. VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. (1848). *Comentarios al Código Penal. Tomo II*. Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, p. 374.

En el año 1850, se presentará una modificación en la materia de los delitos que nos ocupan (art. 365 del CP de 1850), con la incriminación de los actos ofensivos contra “el pudor y las buenas costumbres” de manera que se causare “grave escándalo o trascendencia”, tipificada en el artículo 365 del Código Penal de 1850, en sede del delito de violación, estableciéndose un tipo residual, que abarca una formula pluriofensiva, en la que se tutela no solo la honestidad, sino las buenas costumbres, el pudor y el orden público, en la medida de la introducción del término valorativo de “escándalo” para referirse a la clase de hechos determinantes de esta respuesta penal.

- iv) Se protege, en sede del Cap. III, que versa sobre el “Estupro y la Corrupción de Menores”, a las doncellas menores de 23 y mayores de 12 años, del estupro²⁹⁶ cometido por figuras de autoridad (v.gr. personal, como pudieran ser los tutores; social, como el sacerdote), sin que exista una definición auténtica del término²⁹⁷. Se trata de una nueva muestra de la protección reforzada a los menores de edad, que se manifiesta tanto en el Código de 1848 como en su modificación en 1850, puesto que cabe advertir cómo la tutela cualificada no es coincidente con la minoría de edad vigente en el

²⁹⁶ Que equivale al acto de yacer, es decir, a la penetración coital vaginal por parte del varón.

²⁹⁷ Existen diversas concepciones sobre la cuestión. Para la teología moral, por ejemplo, el estupro se define en latín como “*concubitus viri cum foemina virgine, quo ejus integritas violatur seu defloratur*”. “*Stuprum potest esse cum violentia seu absque illa. Rursus, potest esse violentia physica vel moralis*” en CLARET Y CLARÁ, A. M.; SÁNCHEZ Y RIVERA, F. (1862). *Prontuario de Teología Moral del P. Larraga*. Imprenta de D. Santiago Casilari.

momento, sino que se concentra peculiarmente en una franja a la que se advierte por el legislador digna de una especial protección²⁹⁸.

Así pues, en el precepto penal de referencia, la figura del estupro en el Código de 1848 aparece con una protección que hoy concebiríamos particularmente reforzada atendiendo a nuestra actual mayoría de edad²⁹⁹, puesto que se extiende hasta los 23 años de edad. A pesar de ello, en tal el momento histórico, los 23 años no suponían el límite de la mayor edad³⁰⁰, fijada en 25 años en las Partidas y cuyo influjo pervive en el Derecho Civil decimonónico hasta el Código Civil. En concreto, en el Proyecto de Código Civil de 1821, se fija la mayor edad en 25 años también, pudiéndose desde los veinte años solicitar la emancipación. Finalmente, la redacción inicial del Código Civil español, de 1889, en su artículo 320, fija la mayoría de edad en 23 años, restringiéndose la

²⁹⁸ El momento histórico, los 23 años no suponían el límite de la mayor edad²⁹⁸, fijada en 25 años en las Partidas y cuyo influjo pervive en el Derecho Civil decimonónico hasta el Código Civil. En concreto, en el Proyecto de Código Civil de 1821, se fija la mayor edad en 25 años también, pudiéndose desde los veinte años solicitar la emancipación. Finalmente, la redacción inicial del Código Civil español, de 1889, en su artículo 320, fija la mayoría de edad en 23 años, restringiéndose la capacidad de obrar de las mujeres que vivían en el hogar paterno hasta los 25 años, hasta 1972²⁹⁸. Actualmente, en España, se estipula en la edad de 18 años, como preceptúa el art. 12 de la Constitución Española de 1978, y los arts. 315 y 322 del Código Civil vigente. Por el interés comparativo en esta materia con la evolución de los Códigos, hasta 1973, v. FERNÁNDEZ ALBOR, A. (1982). Delincuencia sexual, reforma penal y despenalización. *Estudios Penales y Criminológicos*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104225&yorden=377246&info=link>.

²⁹⁹ Resulta de interés en este sentido el artículo de RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2015, junio). ¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49. Recuperado de <https://revistaseug.ugr.es>.

capacidad de obrar de las mujeres que vivían en el hogar paterno hasta los 25 años, hasta 1972³⁰¹.

- v) Se fija un tipo de corrupción de menores por primera vez, cuya dicción permanecerá estable en los siguientes Códigos, tanto del s. XIX como del XX.
- vi) Resulta particularmente interesante para la materia del consentimiento sexual la referencia existente en el delito de rapto (arts. 368 y ss.) a la anuencia o la voluntad de la víctima, con eficacia diversa. Si la víctima es menor de 12 años, es irrelevante su voluntad; si es mayor de 12 y menor de 23, el efecto será atenuante de la responsabilidad penal, cuando conste que se ha efectuado el rapto con la “anuencia” de la víctima.
- vii) Aun cuando no afecta directamente al consentimiento concurrente en el acto sexual, actúa como excusa absolutoria el matrimonio posterior al delito cometido en esta materia. Es una nota característica de los códigos en los que la carga moralizante en la materia sexual es muy elevada (sea por tratarse de estados confesionales en los que su legislación penal expresa tal tendencia, bien también por ser lugares con reminiscencias en su legislación penal de normas antiguas), precisamente al concebirse el matrimonio como una suerte de “purificación pública” del acto, lo

³⁰¹ Nos remitimos, en este sentido, al estudio efectuado por RODRIGO LARA, B. (2004). *La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad*. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid, pp. 67 y ss.

que lleva a considerar que no se protege en estos casos una libertad sexual, sino la moral sexual dominante y el orden público de las relaciones familiares, ligado al vínculo canónico matrimonial, en un modelo de estado confesional como era el español del momento.

2.3 Referencia al Código Penal español de 1870.

No reviste especial interés una mención singular a su regulación, por ser, esencialmente, análoga a la de 1848³⁰², a los efectos que nos atañe en este estudio

3. Los Códigos Penales de la España del siglo XX (1923-1995).

3.1. Primera etapa: Dictadura de Primo de Rivera (1923-1931).

Entrados en el siglo XX, en el marco de los años 20, destacamos el periodo de la Dictadura del general Primo de Rivera (1923-1930).

En este marco cronológico, floreció una controversia científica en el ámbito penal, advierte COBO DEL ROSAL (2012, p. 575)³⁰³, entre dos proyectos y, coherentemente, dos perspectivas de Código Penal desde el entendimiento de la necesidad de modernizar el Código de 1870 que, a modo de epílogo decimonónico de nuestra norma sustantiva criminal, venía aun a arrastrar ciertos elementos anacrónicos para la necesidad del momento. Así, se plantea una

³⁰² No obstante, no podemos dejar de referir la aportación que supusieron en esta materia de los delitos contra la honestidad, las consideraciones exegéticas ofrecidas por el Comentario al Código Penal de VIADA Y VILASECA, S. (1890). *Código Penal de 1870: Vol. Tomo III* (4.^a ed.). San Martín, pp. 131 y ss., que, respecto de estos delitos, profundizaron en los conceptos de violación y estupro, especialmente, a través de la casuística.

³⁰³ COBO DEL ROSAL, G. (2012). El proceso de elaboración del Código Penal de 1928. *Anuario de Historia del Derecho español*, 82.

disyuntiva esencialmente ante el reto de un Proyecto de Código Penal entre CUELLO CALÓN y el fiscal CAMARGO, frente a JIMÉNEZ DE ASÚA y su discípulo, ANTÓN ONECA. En ese sentido, se señala por la citada autora cómo se confrontan dos posiciones, que ella califica de “opuestas”, aunque nosotros advertiríamos, no llegamos a considerarlas tan disimiles. La primera, tiene una fuerte impronta retribucionista y autoritaria en su concepción del Derecho Penal; frente a los segundos, que se inspiran en las dogmática elaborada por VON LISZT y la tercera escuela italiana o del positivismo crítico de ALIMENA o CARNEVALLE.

En su obra, CEREZO MIR (1976, pp. 139-140)³⁰⁴ consideró que el texto un punto de inflexión respecto de los precedentes, por la notable influencia del principio de “defensa social”, con la creación de las medidas de seguridad³⁰⁵, lo que mejoró técnicamente el texto penal. No obstante, no lo humanizó, en el sentido de un tratamiento más benigno del delincuente³⁰⁶, sino más adecuado técnicamente a la evolución conceptual del Derecho Penal.

Los elementos más reseñables, a los efectos de nuestra investigación, que ofrece un análisis del citado texto legal son los siguientes:

- i) En el plano sistemático, se refleja en el tratamiento de las figuras delictivas en el texto, en cuanto a su ubicación se refiere, en atención

³⁰⁴ V. CEREZO MIR, J. (1976). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Introducción*. Tecnos.

³⁰⁵ Que tanta relevancia tienen en la actualidad en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales actuales, en función de que la libertad vigilada aparece como una medida de seguridad no ligada a la peligrosidad criminal del individuo, sino destinada a someter al sujeto al control de la autoridad durante un tiempo determinado, de forma posterior siempre la cumplimiento de la pena privativa de libertad.

³⁰⁶ Todo lo contrario, por ser un texto de fuerte inspiración autoritaria, como advierte CEREZO MIR (2005, p. 140), con muestras como la punición general de los actos preparatorios o la sanción de la tentativa imposible.

a la edad del sujeto pasivo. Por un lado, se establecen en el Título XV, rubricado “Delitos cometidos contra menores”, donde se disciplinan diversas figuras delictivas, en Cap. IV (cfr. arts. 772 y ss. de dicho Código), titulado de los “Delitos contra la honestidad y la moralidad de los menores”, cuando la víctima era menor de 18 años de edad (que no coincidía con la menor edad, fijada civilmente en 23 años); y por otro lado, un Título X de los “Delitos contra la honestidad”, cuando el sujeto pasivo era mayor de 18 años. Ello resulta interesante, por cuanto se opta por una ordenación y regulación del bien jurídico de la “honestidad”, de manera no unitaria sino dual. El Código Penal del 1928 expresa así una protección reforzada a los menores de 18 años, más allá de la minoría de edad.

A su vez, resulta interesante advertir las escalas cronológicas que rigen la regulación del texto en materia de los delitos vinculados a los atentados contra la esfera sexual de la persona. Se establece una regulación que fija las siguientes etapas: i) menores de 12 años; ii) mayores de 12 y menores de 18 años; iii) mayores de 18 y menores de 23 años. Respecto de algunas de estas etapas ya hemos justificado su razón de ser, como el límite de 12 años, ligado a la edad puberal y de validez para el consentimiento matrimonial; o los 23 años, por ser el hito cronológico de inicio de la mayor edad.

Otros puntos de inflexión, sin embargo, carecen de una explicación tan aparente. Nos referimos a la determinación de los 18 años como

una edad relevante para una protección reforzada. No coincide ni con la mayoría de edad vigente en el momento, ni con una etapa biológica determinada³⁰⁷. Pudiera ser, en un intento de interpretación por nuestra parte, que se hiciera notar ese hito de edad como un momento psicológico de culminación del cambio de la primera adolescencia a la juventud.

- ii) En atención al bien jurídico, la mujer es protegida en función de que se pueda predicar de ella su carácter de “honesta” o no. Tal extremo es coherente con la protección de la moral sexual, donde el atributo de la honestidad es el elemento sobre el que se sustancia una protección más o menos intensa por el Código. La sexualidad moralmente aceptable es, exclusivamente, la matrimonial – canónica– en el ámbito procreativo.
- iii) Se mantiene la relevancia de la anuencia –consentimiento– de la mujer en el rapto (art. 611), con lo que la voluntad sigue desempeñando un rol atenuante en esta figura. También el hecho de que la acción del rapto lo sea con miras a contraer ulterior matrimonio tiene un tratamiento particularmente favorable (art. 612).

³⁰⁷ Se limita a constatar esta decisión, aduciendo la necesidad de reforzar la honestidad y moralidad de los sujetos pasivos, SAN MARTÍN LOSADA, L. (1928). *El Código Penal de 1928*. Imprenta Clásica Española, p. 199. Por otra parte, no fue pacífica en absoluto la designación de 23 años como límite de la mayoría de edad para el Código Civil, con el influjo que ello produjo en las leyes penales posteriores al mismo, puesto que dicha edad no contaba con un consenso jurídico cuando se adoptó, como explica RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2015, junio). ¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/3280/3308>, pp. 137-139.

3.2. Segunda etapa: II República, Guerra civil y comienzos de la Dictadura de Franco (1931-1944).

En el marco de un contexto de convulsión y polarización política, la etapa de la II República (1931-39), exigía un texto sustantivo criminal que se apartara del rigor punitivo del texto de 1928 (que, empero, había introducido la medida de seguridad, como respuesta alternativa a la pena), y para ello, se decidió retornar a un texto pretérito, como fue el Código Penal de 1870, como nos recuerda BARBERO SANTOS (1977, p. 60)³⁰⁸, al que se retornó provisionalmente, ínterin se redactaba, con la misma premura con la que se había producido el abrupto cambio de sistema político y el exilio del Rey Alfonso XIII.

De tal forma, destaca GABRIELA COBO DEL ROSAL (2010, pp. 181 y ss.)³⁰⁹ que la febril inestabilidad legislativa en el lapso de 1928-1932, aparece como adaptación evolutiva a un contexto político-social de extraordinaria inestabilidad, en una forma de legislación pendular en el ámbito criminal, podríamos decir, que favoreció un clima de patente inseguridad e inestabilidad.

Así pues, se forma una Subcomisión penal, en la Comisión Jurídica Asesora (que sustituyó a la extinta Comisión General de Codificación), integrada por penalistas de la talla de JIMÉNEZ DE ASÚA, RODRÍGUEZ MUÑOZ O RUÍZ FUNES; junto con otros profesionales, como SANCHÍS BANÚS (desde el campo de la psiquiatría), o HUICI SAN MARTÍN, como destacada servidora pública del Tribunal Tutelar de

³⁰⁸ En BARBERO SANTOS, M. (1977). *Política y Derecho Penal en España* (1ª). Tucur.

³⁰⁹ COBO DEL ROSAL, G. (2010). Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del Código Penal de 1928: tres códigos penales entre 1931-1932. *Revista de las Cortes Generales*, 181-221. <https://doi.org/10.33426/rcg/2010/80/268>

Menores de Madrid. Existía una vocación de introducción de factores humanizadores, de trato y enfoque subjetivo, tras un texto de notorio rigor punitivo. Debemos señalar cómo, paradójicamente, el Código de 1932 no mantiene las medidas de seguridad para los sujetos que evidencien una peligrosidad criminal, sino que tal cuestión se segrega en la paradigmática Ley de 1933, de Vagos y Maleantes. Fue JIMÉNEZ DE ASÚA, a quien se le considera, según señala ROLDÁN CAÑIZARES (2019, p. 185)³¹⁰, el más destacado autor de la obra legislativa de 1932, con una idea de “republicanizar” un texto que el citado autor señala como “anacrónico pero aprovechable”.

De tal manera, se produjo, no una derogación del texto de 1928, sino, en puridad, una anulación, por ser un texto proveniente de una dictadura, produciéndose una suerte de efecto restaurativo, al recobrar vigor la norma que fue derogada por el texto de 1928, esto es, el Código de 1870.

Procedemos a analizar los principales caracteres, a los efectos de los delitos en relación con la materia objeto de nuestro estudio, del Código Penal de 1932.

- i) Se mantiene la regulación de los delitos sexuales como delitos contra la honestidad. De esta forma, como señala ACALE SÁNCHEZ (2006, p. 30)³¹¹, se perpetúa en el Código una concepción de tutela de intereses colectivos, de moral sexual, y no así de elementos de carácter personal. A la par, elementos como el matrimonio, que

³¹⁰ Sobre la figura de JIMÉNEZ DE ASÚA, donde se permite advertir interesantes y trascendentes aspectos sobre el marco histórico y legislativo del Código de 1932, debemos referir el trabajo monográfico de ROLDÁN CAÑIZARES, E. (2019). *Luis Jiménez de Asúa*. Dykinson.

³¹¹ V. ACALE SÁNCHEZ, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. Alianza Editorial.

“sanaba” cualquier relación sexual, llevaba a calificar como honestas las relaciones sexuales indeseadas y forzadas en ese ámbito, como advierte la autora, en posición compartida con otras voces, como CRUZ BLANCA (2002, p. 33)³¹².

- ii) Se restaura el modelo de 1870 (es decir, el de 1850, al no contener el Código Penal de 1870 especiales innovaciones respecto de aquél en esta clase de delitos), en lo que a la tutela penal de los atentados contra la “honestidad” de los menores atañe.
- iii) Se mantiene la eficacia extintiva de la responsabilidad penal del perdón de la ofendida, así como del ulterior matrimonio, subsiguiente al acto sexual ilícito.

3.2.1. Sucinta referencia a la Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Interpretación de su trascendencia como antecedente, a la luz del actual modelo de intervención penal.

Al margen del Código Penal debemos mencionar, por su trascendencia histórica para el Derecho Penal español, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que trae consigo un modelo de intervención a través de medidas de seguridad, de naturaleza pre y post-delictual, frente a los sujetos que presentaran diversos estados de peligrosidad social.

³¹² V. CRUZ BLANCA, M. J. (2002). Derecho Penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal. En L. Morillas Cueva (Ed.), *Estudios penales sobre violencia doméstica* (pp. 19-52). Edersa.

Destacan autores como ROMEO CASABONA (1986, p.104)³¹³ que el vacío normativo del Código Penal de 1932, en cuanto a las medidas de seguridad, pretendió ser colmado a través de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933.

A los efectos que nos atañe, resulta relevante el artículo 2º, número segundo de la citada Ley, que establecía que *“pueden ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente Ley (...) los rufianes y proxenetas”*, previendo, el artículo 6º, número segundo, que *“ a los rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten a menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán para que cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes: a) Internado en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola; b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio, y obligación de declarar su domicilio; c) Sumisión a la vigilancia de Delegados”*.

La norma impone unas medidas, como hemos señalado, a consecuencia de la declaración de una peligrosidad social del individuo, no patentizada necesariamente en la comisión de delitos (una de las opciones para la imposición de estas medidas, es la declaración del estado peligroso a consecuencia del delito cometido y de las circunstancias del sujeto); sino, y esto es lo particularmente relevante, la posibilidad de considerar también peligroso -y por ende, susceptible de recibir esta respuesta jurídica en los casos que, como señala el art. 9, párrafo tercero, de la citada Ley, se aprecie *síntomas de peligrosidad en los hechos reguladores de la actividad antisocial, aunque no estuvieren sancionados como delictivos en el momento de su ejecución*.

³¹³ En ROMEO CASABONA, C. M. (1986). *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*. Bosch.

Así pues, el estado peligroso no lo es criminalmente, sino en atención a factores sociales -o de carácter antisocial, a juicio de la norma-, aun cuando no estuvieran censurados por el Derecho Penal. Como señala RUÍZ FUNES (1933, p. 577)³¹⁴, citamos textualmente, el estado peligroso parte de “la vehemente presunción de que una determinada persona quebrantará la ley personal”. De tal manera, TERRADILLOS BASOCO (1980, pp. 53 y ss.) advierte cómo la norma atiende a la vagancia y a ciertas actividades delictuosas que más que infracciones concretas, constituyen un hábito permanente de delito, desde una perspectiva extraordinariamente laxa en la tipificación de estos estados pre-delictuales peligrosos, de raíces biológicas esencialmente. Es decir, se trata de sujetos con defectos estructurales de carácter, personalidad o hábitos tan arraigados que se constituyen en potenciales delincuentes, a los que el Derecho Penal no debe aguardar a castigar a la comisión del delito, sino que es preciso anticipar a un estado previo (sustentado en criterios de peligrosidad social) la intervención.

La propia Ley establece que *“los casos de hechos que no constituyan delito por inidoneidad del medio, inexistencia del objeto, no aceptación de mandato o desistimiento de la acción emprendida, podrán ser asimismo susceptibles de examen y consideración a los efectos de declarar el estado peligroso y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad, aunque en razón a ellos se hubiese dictado auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria”*. Por tanto, la peligrosidad preconizada en la Ley de Vagos y Maleantes tenía una naturaleza poliédrica. Por una parte, servía a los fines de reprensión social de ciertos individuos, identificados bajo el paraguas conceptual

³¹⁴ V. RUIZ FUNES, M. (1933). Preámbulo al estudio «Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito» de Luis Jiménez de Asúa. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 82 (163), 577-606.

del “peligroso”, es decir, enemigos sociales³¹⁵, sujetos indeseables por razones diversas. En ocasiones, su tratamiento coercitivo aparece antes de la comisión del delito, criminalizándose conductas como la mendicidad. En otros casos, se procede a cualificar, con mayor rigor punitivo, algunas conductas tributarias de sanción penal -como sucede con los proxenetas, a los que el Juez declarase a su vez peligrosos en Sentencia-. Por último, se censura también a personas una situación de enfermedad mental -alcohólicos o drogodependientes-, a los que se considera una suerte de inadaptados sociales, viciosos y por ende, dignos de represión; así como a aquellos que ostentaren una posición económica notoriamente superior a sus posibilidades³¹⁶.

En efecto, no es objeto de esta investigación una valoración exhaustiva de las medidas de seguridad predelictuales ni postdelictuales que trajo consigo el texto legal de 1933. Sin embargo, conviene destacar el precedente de esta norma por ser epítome de una intervención penal en el signo de un sistema con rasgos autoritarios, donde el control social de ciertos grupos poblacionales ajenos a los parámetros valorativos mayoritarios, como los homosexuales; o incluso enfermos mentales, como algunos de los sujetos a la categoría predelictual de “vagos”.

³¹⁵ Como “enemigos parasitarios” los denomina MARTIN, S. (2009). Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38, p. 922.

³¹⁶ Ello, por cuanto se analizaba como un indicador de la potencial comisión de un delito. Aunque actualmente tal perspectiva aparentemente nos resulta inaceptable, y con todas las salvedades, es un criterio que no está excesivamente alejado, a nuestro juicio, de ser un factor determinante para la aplicación de instituciones como el decomiso, especialmente, en los casos del art. 127 ter CP, en tanto que, en este caso, no existirá una condena en el plano penal, pero sí se derivará un efecto -de naturaleza no penal, pero vinculado a esta materia- sustentado en la situación patrimonial ilícita, a la que se puede llegar mediante una ausencia de justificación debida del origen de los bienes o efectos, sin necesidad de condena en el ámbito penal.

De hecho, no conviene soslayar la interacción entre la Psiquiatría, la Criminología y el Derecho Penal³¹⁷ en el favorecimiento, a propósito de la concepción de las categorías de peligrosidad social, de ciertas anomalías psíquicas como elementos determinantes de tal tratamiento jurídico-penal, lejos de la protección necesaria a quienes sufren tales alteraciones. Probablemente, la categoría más destacada de la norma, como es la de “vago”, se nutrió, en gran medida, de genuinos enfermos mentales³¹⁸ que alteraban con su conducta los estándares del proyecto social de la II República, momento en que se gestó esta norma.

En la materia sexual, en efecto, la norma atacó con crudeza a los sujetos que consideraba desviados en la inclinación sexual que se estimaba como única aceptable, la heterosexual. A los homosexuales se les consideró sujetos que expresaban una personalidad psicopática. Tales anomalías, para los cánones del momento, derivaban de una disfunción en la corteza cerebral³¹⁹. No se atendía a una intervención respecto de los pedófilos ni pederastas específica, en materia predelictual. No puede entenderse como una permisión, sino como la falta de interés específico del legislador del momento en la intervención preventiva en materia de pederastia, que se encauzaba y ligaba de una manera que perduró durante largo tiempo con la homosexualidad³²⁰.

³¹⁷ V. CASTEL, R. (1980). *El orden psiquiátrico. La edad de oro del alienismo*. La Piqueta; ÁLVAREZ-URÍA, F. (1983). *Miserables y locos. Medicina mental y Orden social en la España del siglo XIX*. Tusquets.

³¹⁸ V. FOUCAULT, M. (1990). La evolución de la noción del individuo peligroso en la psiquiatría legal. En *La vida de los hombres infames*. La Piqueta.

³¹⁹ Una interpretación que servía de base a los estudios policiales oficiales del momento, v. DE ECHALECU Y CANINO, F. (1943). *Contestaciones al programa de psicología criminal. Con nociones de psiquiatría, sociología y política*. Dirección General de Policía, pp. 159 y ss.

³²⁰ V. N. 214, acerca de la obra de BENTHAM, J. (2002). *Essay sur la pédérastie [1785]*. Question de Genre. https://books.google.es/books?id=rvUeoi_Iu5YCypg=PA158ydg=Against+Timarchos+pederastieyhl=esysa=Xyved=2ahUKEwi00v3QrOb1AhUMy4UKHT6yDUIQ6AF6BAgCEAI#v=onepageyq=Against%20

La referencia que pretendemos actualmente establecer en el presente análisis con la norma de 1933 (y con su heredera de 1970, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social³²¹) es el cambio de enfoque en el modelo de intervención, pero la pervivencia de un fuerte influjo moralizante en la prevención de los delitos contra la esfera sexual, especialmente de los menores.

Mientras que el Derecho Penal, durante los dos primeros tercios del siglo XX en España, se ha centrado en focalizar la prevención del delito sexual a partir de un sistema dual (delitos y sus respectivas penas, junto a las medidas de seguridad predelictuales basadas en la peligrosidad social), actualmente nos encontramos con un modelo de intervención en el que no existen medidas predelictuales, pero son contrarias al principio de legalidad y por ello, inconstitucionales, aunque en la actualidad se ha configurado una intervención expansiva de las figuras delictivas del Título VIII del Libro II CP, especialmente, en forma de delitos de peligro hipotéticos que castigan meros actos preparatorios como figuras autónomas (*child grooming* o *sexting*), y aún más claramente, en conceptos legalmente exorbitados, incriminándose conductas con nula trascendencia en lo que a la lesión de un interés individual se trata (como es la indemnidad sexual del menor). Nos referimos, por ejemplo, a la sanción de la pornografía de menores “realista”, en los términos del art. 189.1 CP.

Timarchos%20pederastieyf=false; y en CAMPOS, R. (2016). La construcción psiquiátrica del sujeto peligroso y la Ley de Vagos y Maleantes en la España franquista (1939-1970). *Culturas Psi*, 7, pp. 10, 20 y 30.

³²¹ V. JORGE BARREIRO, A. (1976). *Las medidas de seguridad en el derecho español: Un estudio de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970 y de la doctrina de la Sala de Apelación de peligrosidad*. Civitas.

Si las medidas predelictuales se basaban, en algún caso, en la anomalía de personalidad de un individuo abocado por su “tara” a la comisión de un futuro delito que se pretendía evitar, anticipando la intervención del Derecho Penal; actualmente, no entendemos muy diferente el caso en que se pena a un sujeto por la elaboración de imágenes virtuales que parezcan ser menores, con un nivel de grafismo semejante al real (realismo), pero en el que no se ha lesionado o puesto en peligro ni concreta, ni siquiera abstractamente, a ningún menor real³²².

3.3. Tercera etapa: El Código Penal de 1944 y el desarrollo de la legislación de la Dictadura en la materia de la honestidad sexual (1944-1973).

Con el régimen del general Franco, el Código de 1944 viene a instaurar Derecho Penal vinculado a ideas fuertemente expiacionistas³²³ en la concepción de la pena, ligando el concepto del trabajo (forzado, por supuesto)³²⁴, como medio

³²² V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2010). *Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*. Comares, pp. 21 y ss.

³²³ Sobre el expiacionismo en el Derecho Penal y su calado en el sentido de la pena, debemos referir a BAUMANN, J. (1972). Culpabilidad y expiación ¿son el mayor problema del Derecho Penal actual? *Nuevo Pensamiento Penal*, p. 32. Como señalan MAURACH y ZIPF, las teorías absolutas de la pena, es decir, aquellas que fundamentan exclusivamente su naturaleza en la retribución, hunden su existencia en la premisa *punitur, quia peccatum est*, conforme el axioma atribuido a PROTÁGORAS, erigiéndose la necesidad de la imposición de la pena en tanto ha de efectuarse una compensación del hecho delictivo, sin que pueda modularse la misma en razón de la culpabilidad ni de elementos ajenos al propio “ser” de la pena. Véase, desarrollado en MAURACH, R. y ZIPF, H. (1994). *Derecho Penal, parte general*. Astrea, p. 86. También resulta muy esclarecedor HASSEMER, W. (1995). Prevención en el Derecho Penal. En J. BUSTOS RAMÍREZ (Ed.), *Prevención y teoría de la pena* (pp. 93-117). ConoSur, p. 109.

³²⁴ Aunque, paradójicamente, a pesar de tal carácter, formalmente se revista de una suerte de derecho, también antitético al concepto actual del art. 26 LOGP. Así, se establece una regulación del trabajo en el ámbito penitenciario, por un Decreto 281, de 28 de Mayo de 1937, por el que se concede el “derecho” al trabajo a los prisioneros de guerra y a presos por delitos no comunes, donde se establecía formalmente un salario exiguo para atemperar estéticamente su carácter forzoso, como forma de aliviar la presión penitenciaria para el Estado, tras las larguísimas penas que, con arreglo a las leyes penales sustantivas militares, se habían impuesto a los prisioneros del bando republicano. De hecho, aunque inicialmente no se previó, se aplicó también durante el régimen de Franco a presos comunes, como un medio de redención de penas. A tal efecto, resultan interesantes las reflexiones del fiscal MARTÍNEZ ZATO, J. J. (1980, 30 enero). Adiós, Código Penal, adiós. *Diario El País*. <https://elpais.com>

de redención (de ahí la profusión tal clase de pena, con una fuerte inspiración, a esos efectos, en concepciones falangistas³²⁵, a su vez, imbuidas de elementos del carácter normativo y coercitivo que le concedían las dictaduras nacionalsocialista alemana y el fascismo italiano³²⁶). Paradójicamente, no solo fueron creados por el bando franquista, sino también en el bando republicano, como una parte integral de su sistema de justicia³²⁷.

En la materia de lo que consideramos hoy delitos sexuales, en el momento llamados contra la “honestidad” (siguiendo la tradición de los anteriores Códigos penales), se advierte por FERRÉ OLIVÉ (2009, p. 31)³²⁸ que en esta materia se trata de preservar toda desviación del sentido católico del matrimonio, castigándose como delito cualquier desajuste de ese patrón, aunque finalmente el Código de 1944 es un texto más moderado que el tradicionalista de la Falange, en este sentido. A la par, como hacen notar ORTS BERENGUER Y SUÁREZ-MIRA (2001, p. 14)³²⁹ a través de la voz “honestidad”, designada como rúbrica, ni se apuntaba con precisión al bien jurídico ni singularizaba debidamente el conjunto de conductas que bajo tal determinación se englobaban, pudiéndose colegir que aquellas personas que carecían de honestidad desde el plano moral dominante (ej. una prostituta) no podían ser amparadas por delitos que atentaren,

³²⁵ Punto 15 del Programa de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS. (1934, 30 noviembre). *Diario ABC*, 32-34.

³²⁶ Interesante, resulta, en este sentido, el análisis de la cuestión en la obra de ANDREASSI CIERI, A. (2004). *Arbeit macht frei*. Fundación de Investigaciones Marxistas.

³²⁷ Véase, Gaceta de la República, de 27 de Diciembre de 1936. Respecto a las diversas concepciones sobre su naturaleza, resulta a nuestro juicio satisfactoria la concepción de los mismos que expone RUIZ, J. (2009). ‘Work and Don’t Lose Hope’: Republican Forced Labour Camps during the Spanish Civil War. *Contemporary European History*, 18(4), 419-441. <https://doi.org/10.1017/s0960777309990087>

³²⁸ Así se analiza en Ferré Olivé, J. C. (2009). *Universidad y Guerra Civil*. Universidad de Huelva.

³²⁹ Orts Berenguer, E.; Suárez-Mira Rodríguez, C. (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Tirant lo Blanch.

precisamente, frente a aquella cualidad de la que carecían³³⁰. Tampoco, sorprendentemente, advierte CARUSO FONTÁN (2006, p.61)³³¹, la mujer previamente violada por el mismo autor, en una segunda ocasión, pues su “honestidad” (equivalente a virginidad) se había ya perdido y no se podía proteger³³². Era precisa pues, para que la mujer fuera “honesta”, que viviera “una vida apropiada a la pudorosa convivencia”³³³ con la posibilidad de prueba en sentido contrario³³⁴. No consideramos ajustada, sin embargo, la disquisición que efectuada por los antedichos autores, respecto de los niños de corta edad, coligiéndose respecto de ellos no es predicable intrínsecamente ese concepto de honestidad, señalándose como “impropio” sin mayor justificación. En sentido contrario, entendemos que la honestidad protegida en ese caso, respecto de la infancia y del menor al que sexualmente se implicaba en la acción resultaba presumible *iuris et de iure*, por cuanto la misma no debía acreditarse en el marco del proceso.

Por otra parte, debemos hacer constar cómo, en buena medida, se preserva el régimen jurídico de los delitos contra la honestidad del Código Penal de 1932 en el texto legal analizado. De hecho, en atención a la claridad expositiva, vamos

³³⁰ A tal efecto, véase el profundo estudio doctoral de PÉREZ RUIZ, C (1985). *La argumentación moral del Tribunal Supremo 1940-1975*. Universidad de Sevilla, vista en <https://idus.us.es/handle/11441/101500>, pp. 432-433, cuando sintetizando los criterios asentados de la Sala Segunda, viene a advertir, citamos textualmente: “1. La prostitución y la corrupción humana sexual es una lacra social (...) 5. La mujer que realiza actividades sexuales por precio es una depravada” En ese sentido, las sentencias hablan de la “redención” necesaria de la prostituta, para adecuar su conducta a los criterios morales, lo que acredita la severa confusión de los conceptos de expiación y pecado, como criterios moduladores de la honestidad penalmente tutelable, en la medida que quienes desarrollaban tales actividades estaban al margen de las sanas costumbres e incurrian en una conducta censurable, indigna de protección por el Derecho Penal, en caso de violación o forzamiento de su voluntad para la conducta sexual.

³³¹ En CARUSO FONTÁN, M. V. (2006). *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch.

³³² V. STS 2 de noviembre de 1964 y 9 de junio de 1979.

³³³ V. CARUSO FONTÁN (2006), *op.cit.* supra., p. 61.

³³⁴ V. STS 22 de diciembre de 1947 y 27 de septiembre de 1956.

a abundar en las adiciones o modificaciones, respecto del régimen legal precedente:

- Se constata el mantenimiento de las figuras de violación y abusos deshonestos (arts. 429-430) y de los delitos de escándalo público (431-433)
- Se protege, con clara influencia en criterios de moral sexual dominante, a la mujer mayor de 16 y menor de 23 años en el ámbito del estupro mediante engaño (art. 436 CP).
- En la corrupción de menores, se establecen diferencias entre la “acreditada honestidad” para la tutela penal de las mujeres mayores de 12 y menores de 23 años, cuando se abusare de su situación de “angustiosa necesidad”. También, se sanciona el abuso de mujer “honesta” (ya no de acreditada honestidad) entre 12 y 16 años, víctima del engaño. Así, la legislación rezuma paternalismo, al considerarse a la mujer como víctima propiciatoria; pero también moralismo, al protegerse a las mujeres socialmente honestas o de acreditada honestidad.
- Se crea un antecedente del acoso sexual (art. 437 CP), castigándose al patrono que se prevalga de tal condición, pero solo frente a la mujer menor de 23 años. Sirvan pues las mismas consideraciones anteriormente meritadas sobre el paternalismo y moralismo de la legislación analizada.

- La sanción penal del adulterio es otra muestra de legislación presidida por una fuerte carga de moral sexual dominante, de corte católica. En este caso, la sanción además se encuentra intensificada en el caso de la mujer adúltera y del varón que conoce que la mujer con la que yace está casada. La protección del vínculo matrimonial, ámbito en el que las relaciones sexuales se deben producir (v. “débito conyugal”), lleva al ámbito del Derecho Penal cuestiones que son exclusivamente relevantes en el plano de lo ético-moral. De hecho, el adulterio es una manifestación más de libertad sexual positiva interactiva, que en aquel momento se desconoce aun en el ordenamiento.

3.4. Cuarta etapa : Fin de la Dictadura, Transición y comienzo de la democracia constitucional en España (1975-1989).

Al Código Penal de 1973, como Texto Refundido, se llega tras una primera modificación del texto de 1944, en el año 1963 (Decreto 691/1963, de 28 de marzo). Dicha revisión no presenta, en la materia que nos ocupa, relevancia alguna, al mantener la esencia de los postulados del texto precedente de 1944, tanto en su literalidad, como en el sentido capital de su regulación.

CUGAT MAURI (1993)³³⁵, efectúa una revisión del régimen jurídico criminal y de la tutela jurídico-penal de la libertad y moral sexual en esta etapa que resulta reseñable, y del que destacamos los siguientes periodos:

³³⁵ Véase en CUGAT MAURI, M. (1993). La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación. *Jueces para la Democracia*, 20. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2526751.pdf>

1º) En la etapa de 1967- 1978³³⁶, la meritada autora observa una tensión entre los conceptos de moral sexual *versus* libertad sexual, resueltos, por el legislador, de forma patente, en protección del primero de ellos.

Ciertamente, se camina hacia una cierta construcción (esto, nos permitimos colegir nosotros de su explicación) de un concepto de libertad sexual, en la medida que, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la época, aparecen elementos incipientes de una disociación del género de la víctima respecto de la protección de tal esfera de la personalidad, como advierte CUGAT MAURI. Es decir, comienza a configurarse un derecho “humano” a la libertad sexual, no condicionado por el género de la víctima y del victimario; abandonando, por ende, paulatinamente, la clásica concepción -axiomática- de la mujer, como sujeto pasivo único. No deja de observarse que la protección a dicha esfera no estará en pie de igualdad en el ámbito de la víctima, según su sexo. Es un camino iniciado en ese momento, pero no completado en absoluto en tal etapa.

Resiste, no obstante, en la legislación del momento, una concepción supra-individual de la tutela de esta clase de delitos, por ende, de moral sexual colectiva, frente al individualísimo o personalísimo derecho a la libertad sexual, cuya protección, efectivamente, es una cuestión de interés público; pero, cuya lesión, sin embargo, no es una ofensa a un bien jurídico colectivo, o al menos, no más que lo es cualquier otro delito contra la

³³⁶ *Op. cit. supra*, p. 75

persona de carácter público o semipúblico (donde intrínsecamente a la lesión del bien personal, aparece un interés público lesionado).

De esta forma, la autora viene a señalar que la protección de la “honestidad”, y de la valoración de la “honradez y buena fama” de la víctima son los factores ponderados en el enjuiciamiento de los delitos, tras un dedicado estudio jurisprudencial.

De esa misma manera, no podemos dejar de indicar, a propósito del enjuiciamiento de supuestos de violación o de agresión sexual, en los que, cuando se condena, se aprecia frecuentemente una actitud de resistencia activa de la víctima (por todas, cita la referida autora, la STS 28 de febrero de 1974, donde se habla de “dos voluntades en guerra, con el triunfo de la del violador”, donde la víctima termina “capitulando”), considerándose tal cuestión como el comportamiento esperado y esperable de la víctima, consustancial al acto de atentado a su integridad sexualidad (en este caso, también a su honestidad personal).

Sin embargo, la misma jurisprudencia aboga, en algunos pronunciamientos, por una suerte de comprensión de la “incontinencia”, como un “instinto primario” que no puede ser domesticado por la razón de algunos sujetos. Ello lleva, como colige la autora, a una suerte de tendencia a la “victimización” del victimario, frente a una culpabilización (casi, añadimos nosotros, criminalización) de ciertas víctimas, si se colige que la misma ha actuado “provocativamente”. Así, no son pocas también las sentencias en que se acude a una profusa adjetivación, para denotar a

quienes, a juicio del Tribunal, han propiciado dicha pulsión descontrolada (donde, reiteramos, el agresor pasa a ser casi un títere en manos de sus humores y hormonas). De tal manera, gráficamente, la autora concluye con esa ambivalencia, de calificar a la mujer como “inexperta”, “débil”, “ingenua” o “inmadura”; a tacharla, en otros casos, como “ligera”, “propicia”, “frívola” o incluso, “propiciatoria”, como recoge la meritada autora, en su estudio jurisprudencial.

En otro orden, no faltan referencias a la doctrina del Tribunal Supremo para discernir el atentado contra el orden público que supone el escándalo público (como falta), frente al delito de abusos deshonestos y su afección a la “libertad sexual”.

2) En el marco 1978-1988, enfatiza la autora que la llegada de la Constitución no trae consigo un giro copernicano de la concepción jurisprudencial de la materia que nos ocupa.

Sigue vigente el texto de 1973, que mantiene la línea de sus precedentes históricos (1944 y anteriores), tratando esta cuestión como delitos contra la “honestidad”, y de ahí, los “abusos deshonestos” y demás conductas, con una fuerte carga moral. Esa tensión entre la moderna “libertad sexual” frente a la arcaica “moral sexual” va a hacerse cada vez más patente desde la Constitución española, que encontrará en esta regulación positiva, una cuestión de asincronía (cuando no, de auténtico anacronismo, como sucedió con otras partes del texto sustantivo criminal preconstitucional). Diversas fueron las voces de la doctrina penal española que apuntaron la

desarmonía que suponía la protección de la “honestidad”³³⁷ en el marco de un estado laico y democrático, posterior a la Constitución.

Por ello, destaca la referida autora el concepto del “hombre impulsivo”, que actúa movido por los “instintos”, aun pervivirá en algunas valoraciones del Tribunal Supremo, desde una perspectiva compasiva en muchas ocasiones, aferrados a una interpretación casi determinista.

En efecto, compartimos con la citada autora la constatación del contraste de tal conceptualización, con la prédica de la libertad sexual como pretendido bien jurídico protegido, en la medida que difícilmente se puede hablar de libertad sexual cuando el agresor está determinado mentalmente para cometer el delito, y cuando la víctima aparece como un ser que tiene que proteger en su moralidad, porque no es capaz de determinarse en materia sexual más allá de la mera renuencia, que no se concibe tanto como una manifestación negativa de la libertad sexual, sino como una consecuencia natural o lógica de la protección de su honestidad.

De lo anteriormente señalado, extraemos una serie de conclusiones acerca del texto de 1973 y el desarrollo de la cuestión tras la entrada en vigor de la Constitución:

³³⁷ V. Entre otros, POLAINO NAVARRETE, M. (1975). *Introducción a los delitos contra la honestidad*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 42; BOIX REIG, J. (1979). *El delito de estupro fraudulento*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 69 y ss; GONZÁLEZ RUS, J. J. (1982). *La violación en el Código Penal español*. Universidad de Granada. Colección de Estudios Penales, pp. 224 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1985). *La protección de la libertad sexual* (1.ª ed.). Bosch, p. 13; ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Tirant lo Blanch, p. 14.

1º) El texto de 1973 perpetúa, en su esencia, la regulación de 1944 sobre la materia sexual, con una preponderancia del concepto de moral sexual, tratando la materia desde la “honestidad”.

2º) El bien jurídico protegido, por ende, no es la libertad sexual -aspecto que se tratará de perfilar, como un proceso dinámico, desde la Constitución en adelante-, sino la moral sexual u honestidad.

3º) La aplicación de la norma, por los órganos judiciales, viene impregnada de una fuerte carga moralizante, que lleva a un enjuiciamiento, no de hechos, sino un Derecho Penal de autor y de la víctima. Así pues, las condiciones subjetivas de ésta, su actuación durante el atentado contra su libertad sexual y sus antecedentes son determinantes para una postura tuitiva -paternalista y fuertemente moralizante- de los Tribunales; frente a una censura y desprotección, cuando se conciba que el sujeto pasivo -la mujer- haya podido precipitar, con sus actos o mensajes, un desaforamiento del sujeto activo, movido por sus pulsiones.

3.5. Quinta etapa La reforma del Código Penal de 1973 por la LO 3/1989, de 21 de junio. El reconocimiento expreso de la libertad sexual (1989- 1995).

La libertad personal, como derecho fundamental, del que se extrae la libertad sexual, como una de sus manifestaciones más reseñables, es un constructo contemporáneo, atendiendo a lo justificado en nuestra retrospectiva. Ello no significa que las manifestaciones del consentimiento de la víctima fueran

intrascendentes en las regulaciones precedentes, como hemos también señalado, especialmente en la regulación del rapto con miras deshonestas. La diferencia, sin embargo, reside en el papel que ocupa el consentimiento en la configuración de las conductas prohibidas.

Aunque en una buena parte de los delitos descritos por los Códigos Penales anteriores se encontraba presente la idea de que, en muchos de ellos, la antijuridicidad de la conducta giraba en torno a un ataque contra la libertad de la voluntad del sujeto pasivo, la protección de la honestidad era el eje central sobre el que se articulaba la regulación penal. Son intereses de proyección colectiva de orden moral, como las buenas costumbres y de los valores predominantes, contruidos sobre los parámetros ético-sociales y morales católicos preponderantes en coherente relación con un Estado de corte confesional, el principal interés del legislador español hasta el momento.

La Ley 46/1978, de 8 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto, constituye un primer paso en la depuración del sistema de las manifestaciones de moral sexual en la regulación de estos delitos. En concreto, se introduce en el delito de rapto la expresión “libertad sexual” en sustitución de la expresión “miras deshonestas”. Es un primer hacia el reconocimiento de que el objeto de protección no es ya la honestidad, en sentido tradicional, sino una libertad sexual³³⁸.

³³⁸ V. BOIX REIG, J. (1995). De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual. En V. LATORRE LATORRE (Coord.), *Mujer y Derecho Penal*. Tirant lo Blanch.

Con respecto a los cambios en la regulación del estupro y corrupción de menores son de mayor calado aun, puesto que se elimina la referencia a la doncella mayor de 12 y menor de 23 como sujeto pasivo, rebajándose la edad de protección a los 18 años, eliminándose además las referencias a la “mujer de acreditada honestidad” abusando de su situación de angustiosa necesidad, o de “mujer honesta” de más de 12 y menos de 16 años.

El verdadero punto de inflexión, previo al Código Penal de 1995 se identifica en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. Esta norma trae consigo un cambio de trayectoria del legislador español, en cuanto a la centralidad de la libertad individual en el ámbito sexual como bien jurídico protegido, cuando precisamente se modifica la rúbrica del título de los “delitos contra la honestidad” en favor de la “libertad sexual”, como dispone el art. 17 de la citada norma.

En su Exposición de Motivos se indica que la necesidad de reforma en los delitos contra la honestidad es “una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada por amplias capas de la sociedad”. Así pues, se justifica este cambio como fruto de la evolución social de España con posterioridad a la Transición, que no permite el mantenimiento como criterio rector de la protección un concepto de “honestidad” que aparece descontextualizado en un nuevo escenario social y político que resulta del Estado social y democrático de Derecho³³⁹.

³³⁹ En puridad, como identifica DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2004). Comentarios al Título VIII. En J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y C. M. ROMEO CASABONA (Coords.), *Comentarios al Código Penal Parte Especial: Vol. II* (pp. 209-269). Tirant lo Blanch, pp. 214-215, el primer momento de apertura de nuestra legislación penal hacia la depuración de los contenidos morales en materia de delitos sexuales puede identificarse con la Ley 22/1978 de 26 de mayo y la Ley 46/1978 de 7 de octubre, por las que se derogan los delitos de adulterio y

En coherencia con lo anterior, las continuas referencias a los conceptos derivados de lo “honesto” y “deshonesto” se depuran del Código Penal³⁴⁰, dando paso a expresiones en los que se blanquea el trasfondo moralizante. Los “deseos deshonestos”, por ejemplo, se trasforman en “deseos sexuales”. Lo anterior no implica que el Código, tras la reforma de 1989, elimine de su articulado todos los vestigios de la influencia en la regulación de aspectos de la moral sexual dominante, y en todo caso, de la propia regulación anterior y su sistemática. Como ya se ha señalado, consideramos inherente a toda regulación penal sobre esta materia un condicionante sustanciado en los valores sociales colectivos mayoritarios vigentes en cada momento, porque axiomáticamente todo Código Penal se fundamenta en la desvaloración de ciertas acciones u omisiones que afectan a bienes jurídicos que se reconocen como tales en atención a los criterios sociales dominantes.

Podemos advertir como muestra de la pervivencia de conceptos morales la regulación de ciertos delitos que se mantienen tras la reforma de 1989, además del rapto, el escándalo público, la regulación del estupro, la prostitución y especialmente, el delito de corrupción de menores. En concreto, respecto de esta última figura, la relación con la homosexualidad, la pederastia y sodomía ha sido una cuestión suscitada, a modo de factor justificante para la reprensión penal de

amancebamiento, así como el estupro por mero acceso carnal con mujer entre 12 y 16 años, y el rapto consentido de una mujer menor de entre 12 y 23 años. Como advierte este autor, se caracteriza esta reforma por excluir la posibilidad de que la mujer fuera el único sujeto pasivo de los delitos de estupro, abusos deshonestos y rapto.

³⁴⁰ Así, puede advertirse en la modificación de los artículos 69 bis, 338 bis, 452 bis letra a) nº2, 452 bis letra b).

la indicada tendencia sexual durante largo tiempo en nuestra reciente historia³⁴¹, y tiene antecedentes claros en nuestro entorno cultural, como en la legislación de países como Francia³⁴². En Alemania, autores como WESTPHAL³⁴³ y MOLL³⁴⁴, mantuvieron la intrínseca relación entre la homosexualidad masculina y la corrupción de menores, al suponer a los varones homosexuales una inclinación

³⁴¹ V. La Ley de 15 de julio de 1954 en pleno régimen de Franco, que tipifica expresamente como conducta peligrosa la homosexualidad. Como señala en su estudio sobre la intervención de los Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social en el franquismo entorno a la homosexualidad (en DÍAZ, A. (2019). Los «invertidos»: homosexualidad(es) y género en el primer franquismo. *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 41, 333-353. <https://doi.org/10.5209/chco.66118>, p. 341), citamos textualmente que el autor señala que “otra característica asociada a las conductas de los invertidos afeminados era su hipersexualización, un rasgo al que muy frecuentemente se asoció a los homosexuales, desde los inicios de la medicalización de esta. En este caso, la frecuencia de sus actos fue definida como “reiterada”; en otros, “desde su adolescencia”, “desde la pubertad” o “desde los 10 años, en que se dedicaba a tocarle los órganos sexuales a otros niños”. Además, como en el último ejemplo, se estimaba su conducta como contagiosa para otros varones, que podían ser seducidos y alejados de su natural heterosexualidad”. Voces como la de HUARD DE LA MARRE, G. (2014). *Los Antisociales. Historia De La Homosexualidad En Barcelona Y Paris, 1945-1975 (Estudios)*. Marcial Pons, p. 79, advierte la equivalencia semántica, para evitar utilizar el término homosexualidad en la legislación represiva, del concepto de “corrupción de menores”. En adición, cabe destacar los términos en los que la Fiscalía General del Estado, en 1965, correlacionaba ambos elementos, cuando señala en su Circular 1/1965, de 24 de abril: “son ya desde hace años bastante frecuentes, en algunas regiones, los actos de pederastia y sodomía, que han motivado sanciones penales, pero no puede olvidarse que el nº 2 del art 2 de la Ley de 4 de agosto de 1933, reformada por la de 15 de julio de 1954, comprende ese vicio como determinante de las medidas de seguridad que la Ley establece. Su rigurosa aplicación es inexcusable, tanto en aras de la decencia como para liberar a los sodomitas de su horrenda aberración sexual...” Sirva señalar cómo la influencia de esta idea perduró hasta bien entrada la democracia en España en algunos sectores sociales, como pudo evidenciarse en el mediático caso “Army”, resuelto por STS 1473/1999, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:1999:7860), en el que a pesar de la absolución de la gran mayoría de los acusados por falta de pruebas, se concibe por algunos autores como el último caso mediático en que se ligó públicamente homosexualidad y corrupción de menores. De tal proceso, actualmente se hace revisión crítica incluso por quien dirigió la instrucción de la causa, v. ECHEVARRI: “Se pisoteó la presunción de inocencia y la protección de las víctimas” (A. González de Aledo). (2019, 5 mayo). *Diario de Sevilla*. https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/entrevistas/pisoteo-presuncion-inocencia-proteccion-victimas_0_1351665054.html, al convertirse el proceso en un auténtico juicio paralelo en el que se acentuó el tabú aun existente sobre la homosexualidad, como destaca PETIT, J. (2003). *25 años más: una perspectiva sobre el pasado, presente y futuro del movimiento de gays, lesbianas, bisexuales y transexuales*. Alianza Editorial, p. 144.

³⁴² Sirva la referencia que se hace, durante el gobierno de Vichy en Francia, por Ley de 9 de febrero de 1945, *Journal Officiel de la République française*, a la sanción penal a la homosexualidad, en una reforma legal que se declara textualmente “inspirada por la preocupación de prevenir la corrupción de menores”, modificándose el art. 344 del Código Penal vigente en aquel momento.

³⁴³ V. WESTPHAL, C. (1870). Die conträre Sexualempfindung, Symptom eines neuropathischen (psychopathischen) Zustandes. *Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten*, 2(1), pp. 73-108. <https://doi.org/10.1007/bf01796143>

³⁴⁴ V. MOLL, A. (1893). *Die conträre Sexualempfindung : mit Benutzung amtlichen Materials* (2.^a ed.). Fischer.

a satisfacer su pulsión con menores, a los que se concebía como víctimas propiciatorias.

De hecho, destaca RAMOS VÁZQUEZ (2016, p. 86)³⁴⁵ la pervivencia de esta identificación entre homosexualidad y pedofilia, mucho más allá de esa sociedad decimonónica, hasta etapas muy próximas a la actualidad. Se constata por el autor la idea de que la expansión moderna del movimiento feminista y las conquistas en que trajo consigo en el desarrollo del concepto de libertad sexual, vinieron solapadamente acompañadas de otras normas de un perfil conservador, en lo que el autor entiende como una sobredimensión del concepto del niño o “mitología del niño”. Así, toda norma que atendiera a identificarse como protectora de este grupo, era aceptada socialmente, aunque fuera injustificadamente restrictiva. Siguiendo a Jenkins, como también lo hace el referido autor, opera en esta cuestión la “política de sustitución”, de manera que la “lucha contra la homosexualidad se convirtió en la lucha contra el “pedófilo”³⁴⁶.

En otro orden pero en relación con lo anterior, advierte DÍEZ RIPOLLÉS (2004, p. 216)³⁴⁷ que la reforma del año 1989 no fue, sin embargo, todo lo coherente que hubiera sido deseable en la desvinculación de los estándares de la moral sexual dominante y la protección penal de la libertad sexual, en la medida que las presiones de ciertos sectores del feminismo respecto de los órganos legislativos

³⁴⁵ V. RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2016). *Política Criminal, Cultura y Abuso Sexual de Menores*. Tirant lo Blanch.

³⁴⁶ V. JENKINS, P. (1992). *Intimate Enemies: Moral Panics in Contemporary Great Britain: Social Problems and Social Issues*. Routledge, p. 11, *apud* RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2016), *op.cit.* n. anterior.

³⁴⁷ V. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2004). Comentarios al Título VIII. En J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y C. M. ROMEO CASABONA (Coords.), *Comentarios al Código Penal Parte Especial: Vol. II* (pp. 209-269). Tirant lo Blanch.

tuvieron una influencia “determinante” para la “reestructuración de los tipos de violación y las agresiones sexuales correspondientes”. Asumiendo “el carácter genital de los comportamientos, plasmado en el concepto de acceso carnal”, se crea una serie de tipos intermedios punitivamente entre la violación (acceso carnal vía vaginal, anal o bucal) y la agresión sexual básica, destinado al castigo de los supuesto los casos de introducción de objetos por cualquiera de las señaladas vías. Tal extremo es censurado por el autor, por cuanto concibe que responde a una graduación del padecimiento de la mujer como víctima del delito sexual atendiendo a lo que hoy definiríamos como una dinámica penetrativa en el marco de una concepción que hoy denominaríamos “heteronormativa de la sexualidad”, conforme a lo que conceptúa PATERMAN (2014, pp. 20 y ss.)³⁴⁸.

DÍEZ RIPOLLÉS coincide con otros autores de nuestra doctrina, como ASÚA BATARRITA (1998, pp. 49-52, 87 y 94)³⁴⁹ o DEL ROSAL BLASCO (1997, p. 154)³⁵⁰, en la percepción de un trato desigual a la víctima de violación frente a otras agresiones sexuales, derivado de consideraciones sociales: en el caso de ser una víctima no casada, porque el hecho delictivo lastraba sus expectativas matrimoniales futuras, y si era casada, por el cuestionamiento subsiguiente al delito sexual con penetración del origen genético de sus futuros descendientes.

No obstante lo anterior, la retrospectiva permite advertir el cambio de tendencia que la reforma de 1989 supuso en la legislación penal en la materia de

³⁴⁸ V. PATERMAN, C. (2014). *The Sexual Contract*. Amsterdam University Press, pp. 20 y ss.

³⁴⁹ V. ASÚA BATARRITA, A. (1998). Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico. En EMAKUNDE (Ed.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (pp. 45-103). Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer.

³⁵⁰ V. DEL ROSAL BLASCO, B. (1997). *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch.

los delitos sexuales, marcándose desde ese momento una trayectoria que encontrará su expresión más destacada en la versión original del Código Penal de 1995.

3. El Código Penal de 1995 en su versión inicial: la mínima expresión de moral sexual colectiva en la regulación legal.

El Código Penal de 1995 es el primer texto penal íntegramente diseñado en el marco del sistema democrático constitucional español vigente, en la medida que, con carácter precedente, pervivía durante los primeros años de la democracia y durante los primeros años de la Constitución de 1978, seguía vigente el texto de 1973, que a los efectos que nos interesan sufrió una importante reforma en 1989.

Su redacción se configuró, de manera casi plena, al margen de la influencia de los conceptos de la moral sexual colectiva o dominante, en la búsqueda de un Derecho Penal sexual moderno, coherente con un criterio político-criminal de *ultima ratio*³⁵¹ y en correspondencia la carta de derechos fundamentales de la Constitución, único instrumento que hablar abiertamente de derechos

³⁵¹En este sentido, ORAÁ GONZÁLEZ, J. (1996). Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual: primeras notas críticas. *La Ley*, 1343-1350; DEL ROSAL BLASCO, B. (1997). *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, p. 161; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (1997). Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: En especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental. *Cuadernos de Política Criminal*, 61, p. 94; TAMARIT SUMALLA, J. M. (2002). *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual* (2.ª ed.). Aranzadi, p. 55; Díez RIPOLLÉS, J. L. (2004). Comentarios al Título VIII. En J. L. Díez RIPOLLÉS y C. M. ROMEO CASABONA (Coords.), *Comentarios al Código Penal Parte Especial: Vol. II* (pp. 209-269). Tirant lo Blanch, p. 217; MORALES PRATS, F., GARCÍA ALBERO, R.M. (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) y F. MORALES PRATS (Coord.) *Comentarios al Código Penal español: Artículos 1 a 233*. Aranzadi, pp. 1269 y ss.

fundamentales y libertades públicas en plural. El carácter más aséptico respecto de contenidos morales, respecto del Código Penal de 1995, se evidencia en los siguientes aspectos:

- a) En primer término, desde el plano de la tipicidad de las conductas, la regulación se centró en un núcleo reducido de figuras: agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, así como los delitos relativos a la prostitución, de forma que se depuró el Código de los conceptos morales hasta casi su mínima expresión. Una muestra de lo anterior fue el hecho de que en ninguno de los delitos sexuales se atendía como criterio valorativo a la “honestidad sexual” de la víctima, ni siquiera en las figuras que dedicó el Código Penal de 1995 a la prostitución, en las que no se preveía un castigo ni al proxeneta no coercitivo ni al tercero locativo.
- b) Con relación a estas clases de delitos, las consecuencias jurídicas de esta clase de delitos experimentaron, al menos nominalmente, una notable reducción de su carga aflictiva respecto del Código Penal anterior. Especialmente significativa fue la mínima sanción que la norma otorgó a los abusos sexuales en su tipo básico (art. 181 CP 1995 en su redacción original), castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Sobre este particular asunto, GIMBERNAT ORDEIG (2022, p. 119 y ss.)³⁵² expresó ya en su momento una acerada crítica, ejemplificando su desacuerdo entorno a la penalidad de los abusos sexuales tomando

³⁵² V. GIMBERNAT ORDEIG, E. (1997). Prólogo a la tercera edición. En E. GIMBERNAT ORDEIG (Prep.) y E. MESTRE DELGADO (Col.), *Código Penal* (2022, 30.ª ed.). Tecnos, pp. 119-125.

como referencia un caso concreto. Dicho caso fue el resuelto en la STS 592/1996, de 16 de septiembre (ECLI:ES:TS:1996:4829), en la que se aplicó el nuevo tipo de abusos sexuales del CP 1995, frente a la extinto delito de corrupción de menores con que había sido calificado inicialmente la conducta, en virtud del principio de retroactividad de la ley penal más favorable (2.2 CP). En el señalado caso, el acusado al que se le había impuesto una pena de 4 años, 11 meses y 29 días por un delito de corrupción de menores, queda finalmente condenado por el TS a una pena de multa de 10 meses de duración en la cuota de 1000 pesetas al día, aspecto sobre el que GIMBERNAT entiende que resulta clamorosamente inadecuado y fruto de una “política legislativa de pon y quita, y quita y pon”, vaticinando una próxima reforma, que llegó efectivamente a producirse en 1999, y que tuvo su preludio en una proposición no de ley aprobada por unanimidad, en la que se solicitaba al Gobierno que estudiara la reintroducción de la corrupción de menores en el Código.

Respecto de la inadecuación de la supresión de la corrupción de menores, disentimos de la postura que en su tiempo GIMBERNAT postuló, en sentido crítico hacia la eliminación de aquella figura. A nuestro juicio, la corrupción de menores, concepto jurídico manifiestamente indeterminado (en cuanto está ausente una definición típica) impropio de las garantías penales adecuadas del principio de legalidad de los delitos, permitía a la Autoridad Judicial una aplicación del delito con una significativa carga moralizante, por cuanto en la misma se subsumían como punibles bajo ciertas conductas de pederastia

homosexual, entre otras. El tipo objetivo era excesivamente amplio por un defecto de mínima concreción, lo que permitía castigar en su virtud acciones con muy diferente naturaleza y trascendencia para los sujetos pasivos del mismo. Por ello, la derogación de una figura de este corte no puede ser valorada negativamente por nuestra parte, en sintonía con voces relevantes de la doctrina, que se pronunciaron favorablemente entorno a tal supresión³⁵³.

Lo anterior no empece para que, desaparecida la corrupción de menores, la subsidiaria y única aplicable resultara ser el delito de abuso sexual a menores, que encontraba un problema por criterios de proporcionalidad punitiva coherentes a la gravedad de injusto, siendo llamativa la fijación de una pena de multa como única sanción de dichas conductas, incluso contra menores de edad.

Por ende, cabe concluir que la regulación del Código Penal de 1995, en su primera versión, ofrece luces y sombras. A nuestro juicio, el avance más laudable de la norma reside en la emancipación del texto respecto de los conceptos de moral sexual, que se trataron de reducir a una expresión mínima³⁵⁴, en un enfoque que valoraba la gravedad de lo injusto con un parámetro diverso a

³⁵³ V. TORRES FERNÁNDEZ, M. E. (1999). El nuevo delito de corrupción de menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1, 1-12; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1997). Razones y sinrazones para una reforma anunciada. *La Ley*, 1420, 1-9.

³⁵⁴ Así lo apuntaron BOIX REIG, J. (1995). De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual. En V. LATORRE LATORRE (Ed.), *Mujer y Derecho Penal*. Tirant lo Blanch; CUERDA ARNAU, M. L. (1997). Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 7, pp. 200-201; ORTS BERENGUER, E. (1998). Delitos contra la libertad sexual. En A. ASÚA BATARRITA (Ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996* (pp. 113-122). Universidad del País Vasco, p. 115; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2004). Comentarios al Título VIII. En J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y C. M. ROMEO CASABONA (Coords.), *Comentarios al Código Penal Parte Especial: Vol. II* (pp. 209-269). Tirant lo Blanch, p. 217.

momentos precedentes, enfatizándose la intensidad del atentado y no la naturaleza del acto, como apunta DÍEZ RIPOLLÉS (2004, p. 217)³⁵⁵. Se critica por este autor el exceso que, a su juicio, supuso el mantenimiento de tipos agravados por la penetración, con un marco penal incrementado hasta lindar con las penas del homicidio cuando no rebasándolas³⁵⁶. También es destacable el esfuerzo simplificador efectuado en los delitos contra la libertad sexual entorno a la regulación de las conductas de los delitos de prostitución.

Por el contrario, a pesar de que el acoso sexual³⁵⁷ había sido demandado por un sector social como conducta que debería ser incriminada penalmente y así lo hizo el CP de 1995, el resultado de su instauración no fue precisamente satisfactorio, por la coexistencia de una regulación jurídico-laboral de la materia que plantea notables problemas en atención al principio de subsidiariedad.

Aun es más, como recuerda ORTS BERENGUER (2015, p. 231)³⁵⁸, las conductas de acoso sexual también eran susceptibles de poder subsumirse en otros tipos al margen de los delitos: desde las manifestaciones más graves de acoso, por la vía de las amenazas del art. 169.1 CP (amenazas condicionales), aspecto que generó un problema concursal, con el resultado de poder deducir

³⁵⁵ Op. cit. n. anterior.

³⁵⁶ Cita este autor también a ASÚA BATARRITA, A. (1998). Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico. En EMAKUNDE (Ed.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (pp. 45-103). Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer, pp. 87-88

³⁵⁷ Sin ánimo de exhaustividad, cabe referirnos a las reflexiones sobre la introducción de esta figura de SÁNCHEZ TORRES, E. y LARRAURI PIJOAN, E. (2000). *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*. Tirant lo Blanch, p.13-24; TAMARIT SUMALLA, J. M. (2002). *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual* (2.ª ed.). Aranzadi, p. 184; MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. (2008). *Comentarios al Código Penal*. Aranzadi, pp. 1335 y ss.

³⁵⁸ V. ORTS BERENGUER, E. (2015). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II. En AA. VV, *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch.

que el acoso sexual era un tipo privilegiado, cuando estaba lejos de ser la intención del legislador. El citado autor señala los problemas de colisión de la figura señalada con tentativa del abuso sexual con prevalimiento.

En esta figura se puede vislumbrar, a nuestro juicio, un impulso político-criminal en materia sexual de carácter preventivo-general de naturaleza pedagógica-simbólica, lo que manifiesta una desvaloración social particular de esta clase de conductas, que no tenían una merecida respuesta con la regulación penal anterior, a pesar de que genéricamente pudieran subsumirse en otras figuras.

En cambio, la referencia al carácter “obsceno” de la exhibición el art. 185 CP constituía (y todavía constituye) un concepto jurídico indeterminado que, en último término, remite a las valoraciones del Juez, y por tanto, a través del mismo, es posible que se produzcan deslizamientos para poder calificar una conducta como obscena o no bajo parámetros de moral sexual.

El Código no contiene una definición auténtica de dicho concepto a los efectos valorativos del tipo reseñado, de manera que se acude a los criterios exegeticos ofrecidos por la doctrina³⁵⁹ y la jurisprudencia.

Como destaca BOLDOVA PASAMAR (2001, p. 13)³⁶⁰, se produjo una evolución del delito de escándalo público a un delito de exhibicionismo en la reforma de 1988 (por LO 5/1988, de 9 de julio), para tratar de desligar el concepto de la moral

³⁵⁹ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2001). El delito de exhibicionismo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8 (2ª época), 11-35.

³⁶⁰ *Op.cit.* supra.

sexual y vincularlo a la protección de la libertad sexual. Ahora bien, el Código de 1995, dio un paso más al reducir el ámbito de los sujetos pasivos únicamente a los menores e incapaces. En este sentido, se produce también una modificación entorno al bien jurídico protegido por esta figura delictiva, puesto que al eliminarse del elenco de sujetos pasivos a los mayores de edad, la libertad sexual no explicaría la protección a los menores e incapaces, en cuanto su consentimiento sexual es en principio inválido.

Fue precisamente la necesidad de reforzar la protección sexual de las víctimas menores de edad, ante las críticas efectuadas a la versión original del denominado “Código Penal de la democracia”, la que motivó la principal reforma de dicho Código en 1999, a la que se debe el nuevo bien jurídico de la indemnidad sexual.

4.1 Reforma de 1999

La primera reforma del Código Penal de 1995 en esta materia tuvo lugar merced a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, por virtud de la que se vino a paliar, en atención a lo que se aduce en su Exposición de Motivos, una “carencia” de nuestro sistema de protección penal, al adicionarse al bien jurídico de la libertad sexual el de indemnidad sexual, por cuanto los menores y los incapaces carecen de aptitudes para la libre formación de su voluntad.

De esta forma, se consideró necesario proteger la “indemnidad sexual” de los menores de 13 años. Dicho hito cronológico fue estimado, en ese momento por el legislador español, el adecuado límite para la protección de la indemnidad

sexual, como umbral a partir del cual el menor podía desarrollar una libertad sexual positiva de proyección interactiva. Lo anterior, sin perjuicio de la protección reforzada del art. 182 CP en su redacción por la citada Ley Orgánica de 1999, sobre el estupro, hasta los 18 años.

El legislador consideró adecuado elevar la edad de protección en un año, desde los 12 años, límite cronológico para el consentimiento sexual establecido en el texto de 1995 en su primera versión³⁶¹. Ello se justificó como un cumplimiento por parte de España de compromisos internacionales en esta materia³⁶², común denominador de todas las reformas más relevantes de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales hasta la fecha.

Esta reforma de 1999 trajo consigo, por otra parte, la satisfacción de la demanda de un incremento de las penas en los delitos de abuso sexual, al fijar una pena de prisión para el tipo básico de 1 a 3 años, como alternativa a la pena de multa, que se mantuvo; y también, la creación de figuras en materia de pornografía infantil que resultaban coherentes, como señala BOLDOVA PASAMAR

³⁶¹ Cabe destacar una opinión crítica contra la modificación de 1999, especialmente, con el proyecto inicial, que se vio atemperado en sus postulados durante la tramitación parlamentaria. En este sentido, son ilustrativas las reflexiones críticas de DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1997, 12 diciembre). La protección del integrisimo sexual. *Diario El País*; y en TAMARIT SUMALLA, J. M. (2002). *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual* (2.ª ed.). Aranzadi, p. 57.

³⁶² Como señala la Exposición de Motivos de esta LO 11/1999, de 30 de abril, citamos textualmente: “Las directrices que han guiado la redacción de las indicadas proposición y recomendación coinciden con las expresadas en la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. En el mismo sentido, el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, ha adoptado, el día 29 de noviembre de 1996, una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como consecuencia de la cual los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad”.

(2022, p. 234)³⁶³, con las modernas formas de explotación sexual, en una tendencia protectora de carácter supranacional, dirigida a combatir los delitos sexuales contra los menores.

También se reintrodujo en el texto sustantivo la figura de la corrupción de menores. Como advirtió TORRES FERNÁNDEZ (1999)³⁶⁴, se llevó a efecto cambiando en parte su posición sistemática, dejando de constituir una forma delictiva integrada en la prostitución para alcanzar una cierta sustantividad.

El dato más destacado es el hecho de que, por primera vez, a la corrupción de menores se le confiere una definición típica, aun cuando el alcance de su descripción pueda ser discutible: *hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual, que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad*.

No obstante, la tipificación generó nuevos problemas con relación a su subsunción típica, en la medida en la que podría colidir con conductas como de abusos sexuales a menores o exhibicionismo, puesto que en ambos casos el menor participa de un comportamiento de naturaleza sexual que puede ser perjudicial para el desarrollo de su personalidad sexual.

³⁶³ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2022b). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M. A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal Parte Especial* (pp. 221-247). Comares.

³⁶⁴ V. TORRES FERNÁNDEZ, M. E. (1999). El nuevo delito de corrupción de menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1, 1-12.

En torno a la recuperación para el Código de la figura, DÍEZ RIPOLLÉS (1996)³⁶⁵ se mostró particularmente crítico, al entender que se trataba de restablecer un precepto amplio, que sirviera como “*guardián de la ortodoxia en materia moral sexual*”, entendiendo que la regulación de 1995 no adolecía de un defecto por la derogación de este concepto, sino que lo que motivó la reforma fueron ciertos déficits aplicativos en los primeros años de vigor del nuevo Código Penal³⁶⁶, que no presentaba una laguna por esta razón. A su vez, el citado autor consideraba que la incorporación de esta figura podía dar lugar a una limitación desmedida en la disponibilidad por los menores con cierta capacidad de ámbitos de su autonomía personal.

Por su parte BOLDOVA PASAMAR (2004, pp. 545-560)³⁶⁷, realizó una propuesta exegética para dotar de contenido al delito de corrupción de menores ajena a contenidos morales, al vincular las conductas de participación en actos de carácter sexual que perjudiquen el desarrollo de la personalidad sexual a aquellas manifestaciones de la sexualidad que eran constitutivas de patologías sexuales por la psiquiatría del momento (en lo referente a trastornos de la personalidad sexual o parafilias).

4.2. Reforma de 2003

³⁶⁵ V. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1996, 28 noviembre). La corrupción de menores. *El País*.

³⁶⁶ *Op. cit. supra*, refiere que en su opinión “los encargados de aplicar el Código Penal todavía no le saben sacar todas las posibilidades que éste ofrece”.

³⁶⁷ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2004). *Comentarios al Código Penal Parte Especial Vol. II* (J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y C. M. ROMEO CASABONA, Coords.). Editorial Tirant lo Blanch.

En el año 2003, fueron varias las reformas que experimentó el Código Penal. A los efectos que nos ocupan, debemos destacar la operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La Exposición de Motivos nos permite advertir las siguientes claves de esta reforma, en cuanto a los delitos sexuales se refiere:

1º) Se señala textualmente: *“Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se modifican para impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad”*.

Bajo esta determinación del legislador, se trató de corregir algunas interpretaciones controvertidas del Tribunal Supremo, respecto de la regulación precedente, en la que no se hacía equiparable la penetración con objeto frente a la penetración con miembro corporal. En concreto, se focalizó la crítica en la desestimación de la apreciación del delito de violación, por aplicación de la doctrina de la Sala, en dos casos en que las mujeres habían sido penetradas por vía vaginal de manera digital³⁶⁸ o a las que se les había practicado sexo oral inconsciente³⁶⁹.

De esta manera, el delito de violación quedó configurado como “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”. Dicha determinación pretendió a corregir una laguna en la regulación precedente, puesto que la gravedad de lo

³⁶⁸ V. STS nº 1278/1999, de 5 de abril de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:2815)

³⁶⁹ V. STS nº 1214/2002, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2002:4852)

injusto del acceso carnal mediante un miembro corporal distinto del pene no resulta inferior al acceso con un objeto inerte.

2º) Se produjo una modificación también en los delitos de corrupción de menores, en clave de un endurecimiento de la respuesta punitiva en algunas figuras, en concreto, respecto de los delitos de exhibicionismo (arts. 185 y 186 CP), con multas elevadas al doble de las previstas anteriormente.

3º) En lo que nos concierne, resultó particularmente relevante para la ponderación de la influencia de los contenidos moralizantes la tipificación de la posesión para uso propio de pornografía de menores.

Esta figura no dejaba de ser altamente controvertida³⁷⁰, esencialmente por el hecho de que la lesión a los menores afectados –de haberlos³⁷¹– queda ya consumada en el momento de la producción del material, como resalta BOLDOVA PASAMAR (2008, p. 25)³⁷².

³⁷⁰ Así, se consideraba una inmisión desmedida en el ámbito de la libertad personal, por diversos autores como Díez Ripollés, J. L. (1998). Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. *Revista Penal*, 2, 17-22; MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. (2002). *Comentarios al Código Penal* (3ª. ed). Aranzadi, p. 291; BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2004). *Comentarios al Código Penal Parte Especial Vol. II* (J. L. Díez Ripollés y C. M. Romeo Casabona, Coords.). Tirant lo Blanch, p. 539.

³⁷¹ En 2003, aun no se preveía en el Código Penal la definición auténtica de pornografía infantil del actual art. 189.1 CP y en consecuencia, no se aun castigaba la pornografía realista. Consideramos la pseudo-pornografía un antecedente de la actual pornografía realista, en una evolución marcada por los avances tecnológicos, puesto que en 2003, el estado de la técnica en lo referente a las representaciones gráficas que emulan la realidad no era equiparable a la actualidad. No obstante, se apunta ya esta cuestión, puesto que la posesión actualmente se sigue castigando en el art. 189.5 CP, siendo esta reforma estudiada el origen del castigo de esta clase de conductas, que hoy se extienden a todas las formas o manifestaciones de pornografía infantil legalmente descritas.

³⁷² V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2008). *Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*. Ubijus. Contrarios a esta interpretación sobre el agotamiento de la lesión al bien jurídico de la indemnidad sexual, autores como GUTIÉRREZ DAVID, M. E. (2004). *Pornografía infantil en Internet. Exégesis del art. 189 con relación al 30 del CP de 1995*. En *delitosinformaticos.com*. <https://www.delitosinformaticos.com/delitos/pornografiainfantil.shtml>; GARCÍA VALDÉS, C. (2003).

Por ello, la norma penal que sanciona la posesión no se sustanciaba necesariamente en la protección de la indemnidad sexual de los menores representados o captados en las imágenes o videos concretos, a diferencia de los casos de elaboración de pornografía de menores, sino que ambicionaba sancionar un acto de agotamiento de un delito precedente, al que se le dota de autonomía a los efectos penales por razones de prevención general negativa, para erradicar mediante la sanción de la posesión la propia elaboración del material (leyes de “oferta-demanda”).

4º) Una novedad que identifica a la reforma del año 2003 en materia de delitos sexuales es la configuración de una figura, en aquel momento, vanguardista, como era la sanción de la pseudo-pornografía infantil³⁷³ o pornografía infantil virtual, por adaptación del Código Penal al Convenio de Budapest de 2001.

Nos encontramos ante una figura que sancionaba, de manera privilegiada respecto del tipo básico de la pornografía infantil, aquel material pornográfico *“en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”*.

A pesar la menor penalidad, la intervención penal en este caso resulta censurable no solo por las razones ya expuestas en el punto anterior respecto de la posesión de pornografía infantil, sino que además supone un paso –quizá en

Acerca del delito de pornografía infantil. En *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón* (pp. 411-430). Tirant lo Blanch.

³⁷³ V. BOLDOVA PASAMAR (2008), *op.cit.* n. 101, p. 34; SANZ MULAS, N. (2009). Pornografía en Internet. *Revista Penal*, 23, 181-202. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11965/Pornograf%C3%ADa.pdf?sequence=2>, p. 186.

el vacío— hacia una protección de un bien jurídico mucho más espiritualizado. En este caso, no existen —por definición— menores o incapaces que hayan sido utilizados directamente para la elaboración del material sino únicamente se inserta su imagen o su voz en una nueva creación. Todo lo anterior nos lleva a considerar dudosa una afección a la indemnidad sexual un menor, puesto que realmente se está remitiendo a conceptos de moralidad en el plano sexual que se pueda considerar “personalidades desviadas”³⁷⁴ de los patrones generales, y por ello, indeseables.

Por lo que respecta a la “voz”, el tipo situaba en pie de igualdad la utilización de la “imagen” frente a la “voz”, aspecto que resultaba discutible técnicamente, porque permitía extender el concepto de pornografía, a nuestro juicio, a supuestos en los que no hubiera ninguna imagen pornográfica de un menor, ni tampoco el menor siquiera hubiera que llevar a cabo una conducta de carácter sexual alguna³⁷⁵. Esta manifestación puede ser entendida como un exceso del legislador, en cuanto se castigaba una conducta en la que no ha habido lesión potencial ni actual del bien jurídico de la indemnidad sexual. Solo desde la óptica de la tutela de la moral sexual y de la prevención general negativa se entiende esta equiparación e sostenida en la norma.

Un razonamiento similar merece el castigo de la utilización de una “imagen” alterada o modificada para crear material pornográfico, puesto que el menor

³⁷⁴En estos precisos términos, v. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2003, 26 marzo). *Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. CGPJ. <https://personasjuridicas.es/informe-cgpj-al-anteproyecto-de-lo-15-2003/>, p. 69.

³⁷⁵De hecho, entendemos que entre los resultados abarcados por el tipo se encuentran los casos en los que el menor no interviene en una conducta sexual, pero a través de los artificios técnicos, se extrae el sonido y se emplea, mediante técnicas de tratamiento del mismo, para que emule jadeos o gemidos, por ejemplo.

tampoco ha participado en realidad en un comportamiento de naturaleza sexual³⁷⁶. Únicamente se ha insertado, alterada o modificada, su imagen en dicho material (aspecto complejo para el entendimiento de la figura). Solo en aquellos casos en los que existan factores que permitieran un reconocimiento del menor cuya imagen se utiliza, podrían considerarse potencialmente lesivos, no tanto frente su indemnidad sexual, como del derecho al honor y la propia imagen³⁷⁷.

4.3 Reforma de 2010

Una reforma del Código Penal, que ha resultado determinante en el curso que han seguido los delitos sexuales, y que ilustra de manera clara la tendencia hacia una regulación con una creciente influencia de conceptos propios de la moral sexual dominante³⁷⁸, es la operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

En su Exposición de Motivos, el legislador orgánico justifica de la reforma en materia de delitos sexuales entorno a dos elementos cardinales:

³⁷⁶ En una interpretación restrictiva, DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2015). Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013. En C. VILLACAMPA ESTIARTE (Coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores* (pp. 303-342). Aranzadi, p. 308, queda fuera del ámbito del tipo aquel material que evidencie un montaje “burdo”.

³⁷⁷ Compartimos la postura de BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2004). *Comentarios al Código Penal Parte Especial Vol. II* (J. L. Díez Ripollés y C. M. Romeo Casabona, Coords.). Tirant lo Blanch, p. 567.

³⁷⁸ En este sentido, debemos destacar, por nuestra coincidencia con esa perspectiva, la precisa reflexión de ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2014). La nueva reforma penal de 2013. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2197/1133>, cuando señala, haciéndose eco de la reflexión de Díez Ripollés sobre el devenir del endurecimiento del Derecho Penal en materia sexual, a propósito de las exigencias de la Directiva 2011/93/UE, cuando señala que “se va más allá de lo que esta exige”; a ese propósito, añade en una n. al pie –número 19 de su estudio-, una magnífica apostilla, que citamos textualmente, “Que, por otra parte, es mucho. En efecto, y como he recordado en otros lugares, ya desde hace años una corriente puritana recorre Europa, y bajo diferentes excusas (como la represión de la pornografía infantil o la de los clientes de la prostitución) están tratando de criminalizar una determinada moral sexual, que puede ser o no aceptable, pero que es moral y no otra cosa”.

- a) La incorporación a nuestro ordenamiento de los postulados de la Decisión Marco 2004/68/JAI en el seno de la Unión Europea. A la par, se advierte el influjo -aun cuando sobre este extremo, la norma no los explicita³⁷⁹- de otros instrumentos internacionales precedentes, ya incorporados formalmente nuestro sistema (cfr. art. 96 CE), esencialmente, el Convenio sobre Ciberdelincuencia de Budapest, hecho el 23 de noviembre de 2001 y la Convención sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual de Lanzarote de 2007, en el ámbito normativo del Consejo de Europa.
- b) En segundo lugar, el interés del legislador por un reforzamiento de la respuesta penal frente a los delitos sexuales contra menores, explicado en función de que, mediante estas las conductas *“se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”*.

Tales postulados justifican los cambios sustanciados en los siguientes aspectos:

1.- Se incrementan las penas atribuidas a ciertas figuras delictivas. En concreto, respecto de los arts. 178 (agresión sexual), 180 (tipo agravado de

³⁷⁹ Si bien, sí se consideraron en la tramitación parlamentaria, como tuvimos ocasión de puntualizar en nuestro trabajo precedente de FUERTES IGLESIAS, C. (2013). *El delito de child grooming*. Trabajo Fin de Master (Dir. M.A. Boldova Pasamar). Universidad de Zaragoza, Zaguán.

agresión sexual), 187 (prostitución de menores) y 188 (delito relativo a la prostitución de adultos).

La Exposición de Motivos no explica en su texto las razones del incremento de las penas³⁸⁰. Tampoco advertimos la una opinión social mayoritariamente posicionada entorno a una potencial insuficiencia de la respuesta sancionadora de esta rama del ordenamiento en estos delitos concretamente. No obstante, el incremento de penas ha sido una tendencia del legislador en los delitos sexuales, por cuestiones de populismo punitivo³⁸¹, que solo ha encontrado una excepción en recentísima LOGILS³⁸² de 2022.

³⁸⁰ Sin embargo, en sede parlamentaria, se advierte esta idea en la moción que alumbró el camino que concluyó en la LO 5/2010, en materia de los delitos sexuales. Dicha iniciativa -Proposición no de Ley-, fue estudiada por el Congreso de los Diputados a propuesta del Partido Popular y en correlación a un caso mediático, como fue el de la violación y posterior asesinato de la niña Mari Luz Cortés. La proposición señalaba, citamos textualmente: “no son pocas las denuncias que periódicamente se ponen dando cuenta de la desaparición de niños, violaciones y abusos sexuales perpetrados contra menores e incapaces, descubrimiento de nuevas redes de pornografía y prostitución infantil, todo ello ante la impasibilidad del Gobierno que está obligado a reaccionar de inmediato poniendo coto a una situación que no admite otro debate que el de aumentar la cuantía de las penas que deben soportar estos sujetos”, v. *Exposición de Motivos de la Proposición no de Ley presentada por el PP con el fin de introducir reformas en el CP en relación con los delitos de abusos sexuales a menores*. (2008). BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, p. 11. Sobre esta cuestión, VARONA GÓMEZ, D. (2011). Medios de comunicación y punitivismo. *InDret*, 1, 1-35. <https://indret.com/medios-de-comunicacion-y-punitivismo/>, aborda la problemática de la exposición mediática de ciertas tipologías delictivas para la constitución de una opinión pública favorable hacia un mayor rigor punitivo, siendo crítico hacia la influencia que dicha cuestión refleje en las decisiones de política criminal. En sintonía al anterior, ANTÓN MELLÓN, J., ÁLVAREZ JIMÉNEZ, J. y PÉREZ ROTHSTEIN, P. A. (2015). Medios de comunicación y populismo punitivo en España. *Revista Crítica Penal y Poder*, 9, 32-61.

³⁸¹ A propósito de esta cuestión, y como crítica a la SAP Burgos En el ámbito que nos ocupa, y a partir del caso de los jugadores de la “Arandina”, condenados en primera instancia a 38 años de prisión por la SAP Burgos nº 379/2019, de 11 de diciembre (ECLI:ES:APBU:2019:1017), anunciando ya una influencia decisiva en el Derecho Penal del activismo, con los peligros que ello conlleva, resulta de interés el artículo de Lloria García, P., Núñez Castaño, E. y Pérez Cepeda, A. I. (2019, 18 diciembre). Los riesgos de una Justicia expuesta. *Agenda Pública- Diario El País*. Recuperado 1 de febrero de 2023, de <https://agendapublica.elpais.com/noticia/13831/riesgos-justicia-expuesta>

³⁸² Si bien, adelantamos ya en este momento, sin que haya existido a nuestro juicio una genuina intención de “racionalizar” y dar una respuesta más proporcionada a los delitos sexuales en el ámbito de las penas, sino en estricta coherencia a la fusión de los tipos de abuso y agresión, que cuestionaremos en su momento (cfr. Parte III de esta tesis doctoral).

2.- Se crea un nuevo Cap. II bis del Título VIII del Libro II del Código Penal, denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», que comprende los artículos 183 y 183 bis Cp., que trae consigo una serie de novedades relevantes:

- a) Se tipifican, de manera autónoma, los delitos de abuso y agresión sexual contra menor de 13 años. En el primer caso, se castiga en el tipo básico (183.1 Cp.) los actos que atenten contra la indemnidad sexual del menor de 13 años; mientras que la agresión sexual se reserva a los casos en que concurra violencia o intimidación, con una respuesta de mayor rigor, que se ve cualificada si la agresión llega a la introducción de miembros corporales por vía vaginal, anal o bucal u objetos por las dos primeras vías.
- b) Es destacada la tipificación del delito del *child grooming* (art. 183 bis Cp., en la redacción del Código dada por la Ley Orgánica 5/2010), o embaucamiento de menores a través de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TIC) con propósito sexual.

En esta figura se viene a sancionar los actos preparatorios a través de un medio comisivo concreto, como es la utilización de las TIC para contactar con un menor de 13 años, con propósito de concertar un encuentro con el mismo, a fin de cometer los delitos del art. 183 y 189 Cp., siempre que venga seguido de actos materiales encaminados al

acercamiento. Se señala tal respuesta penal sin perjuicio de las penas correspondientes por los delitos en su caso cometidos³⁸³.

Se trata de una reprensión de una conducta en la que, en efecto, la indemnidad sexual del menor no resulta claramente afectada, sino, en todo caso, de un modo potencial o probabilístico, por cuanto la afección al desarrollo de su personalidad sexual en ocasiones aparece como nulo o prácticamente inexistente, y sin embargo, ello no obsta para que se sancione penalmente esta conducta.

Si ya en el ámbito de los delitos sexuales de resultado externo, se plantean algunas dificultades, en ciertos casos, en consideración a la efectiva lesión del citado bien de la indemnidad sexual a través de la acción desarrollada, cuando se aborda la sanción de conductas de mero peligro hipotético, la cuestión se presenta aun más vidriosa.

No son pocos los menores, dicho de otra forma, a los que un contacto cibernético para entablar un encuentro ulterior con un propósito sexual con un tercero, fuera este de su misma o mayor edad les resulta manifiestamente indiferente y ausente de cualquier clase de experiencia “traumática”. De hecho, se puede afirmar desde la óptica psiquiátrica que no va a producirles, ni a corto-medio-largo plazo, ninguna afección en su autopercepción ni en sus interacciones sexuales.

³⁸³ Estableciéndose, con ello, una cláusula que fuerza a la apreciación, en todo caso, de un concurso, cuando, tras el contacto a través de dichos medios y la concertación de la cita, se produzca un acto sexual con menor de 13 años -en la modalidad que corresponda, de abuso o agresión, según medie o no violencia o intimidación-, o se desarrollen actos de elaboración de pornografía de menores.

Es más, en no pocas ocasiones, de existir alguna afección, esta puede acaecer *ex post factum*, si el menor concreto conoce o se le comunica el hecho delictivo del que ha sido víctima³⁸⁴ y ha de participar en el proceso penal de algún modo³⁸⁵. Tales casos, que constituyen manifestaciones de la victimización derivadas de la propia sustanciación de un proceso penal, no debieran entenderse como resultados típicos que se deban encauzar por el art. 183 ter CP, al exorbitar su ámbito de protección tales elementos.

La regulación como delitos autónomos de actos preparatorios en función de un peligro hipotético constituye un ejemplo de la expansión del Derecho Penal en la sociedad postindustrial³⁸⁶. En nuestro ámbito de

³⁸⁴ El adelantamiento del Derecho Penal llega hasta un límite en que el menor puede no saberse víctima del delito de *child grooming*, por diversos factores, esencialmente por la posible ignorancia de que ha interactuado con quien decía ser quien no es, con el propósito de embaucarle para desarrollar un acto o comportamiento sexual con él. De decenas de conversaciones que un menor puede mantener en un chat, posiblemente intrascendentes la mayoría de ellas, el sujeto pasivo puede ser totalmente desconocedor, por la escasa entidad de la conducta.

³⁸⁵ V. CABRERA MARTÍN, M. (2019). *La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional*. Dykinson, p.47.

³⁸⁶ Sobre el adelantamiento en la intervención punitiva del Derecho Penal, a SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2020). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3.ª ed.) Edisofer. El autor define la situación actual como la de creación de una sociedad de “sujetos pasivos” (p. 42), con sugerentes aportaciones en este sentido. De sus reflexiones, extraemos la idea del desbordamiento de las fronteras de actuación del Derecho Penal, que se exorbitan fruto del incremento de los riesgos de la sociedad postindustrial, donde la respuesta criminal ha tomado una preferencia inadecuada, como respuesta prioritaria del Ordenamiento frente a ciertas lesiones a bienes jurídico, donde se produce una reducción del marco de las libertades, para conjurar los riesgos, en una sobrevaloración de la seguridad. De hecho, en la misma obra, se destaca que son tres los aspectos que han determinado lo que SILVA (pp.20-22) constata como una “sensación social de inseguridad”, a saber: la revolución de las comunicaciones, en un proceso de aceleración del ritmo de vida (citando a VIRILIO, SCHULTZ o TOFFLER, entre otros pensadores que han abordado en profundidad esta cuestión, cfr. n. 43 de su texto); en segundo lugar, un “alud de informaciones” frente a una “información fidedigna”; y una cierta “oscuridad” y “confusión” en desorientación en las relaciones humanas, derivadas de los cambios ético-sociales, que llevan a una suerte de “Orientierungsverlust”, una desorientación, concluyéndose por este autor (siguiendo a HERZOG, F. (1991). *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsberich*. Decker,

estudio, tales influjos se plasman en una preponderancia creciente de las cuestiones de índole moral sexual colectiva frente a la ponderación, proporcionada y coherente, del verdadero objeto de tutela penal, el desarrollo de la personalidad sexual del menor sin influencias negativas o lesivas.

Consideramos que en atención a los principios político-criminales que rigen el ordenamiento español, figuras como el *child grooming* han traído consigo una intervención excesivamente anticipada del Derecho Penal, fundada en la amoralidad de la conducta del captador del menor a través de Internet y en su potencial salto a actuaciones de mayor intensidad. Ello se traduce en la sanción de determinados perfiles de individuos, que no necesariamente han de dar el salto a la comisión de actos de mayor intensidad frente a menores, pero que conviene socialmente integrar en la categoría de “depredadores sexuales” o “pederastas”.

No podemos negar que el ámbito de las TIC se constituye en un espacio especialmente idóneo (peligroso incluso) para los menores de 16 años – entonces, de 13 años, cuando se introdujo el precepto–, cuando el factor del anonimato y la ubicuidad en el acceso³⁸⁷ a merced de potenciales sujetos interesados en una interacción sexual con ellos, pero no consideramos que la opción del legislador, castigando esta clase de actos preparatorios en función de un mero peligro hipotético sea la formula

p. 50), con una certera ponderación, y es que “la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos”.

³⁸⁷ Cfr. FUERTES IGLESIAS, C. (2013), *op.cit.* n. 380, *passim*.

adecuada para conjugar la necesaria exploración y desarrollo de las interacciones de los menores de 16 años (con un cierto contenido sexual, en ocasiones) y la protección de su seguridad frente a agresiones a su libertad sexual e indemnidad sexuales, al existir otros mecanismos menos lesivos que podrían implementarse para proteger estos bienes en actos de esta naturaleza, muchos insignificantes o de muy escasa trascendencia.

3.- Cumulativamente, se establece, en las disposiciones comunes del Cap. VI, la medida de libertad vigilada, otra de las novedades “estrella” de la Reforma de 2010, como una medida de seguridad de preceptiva imposición a los condenados por la comisión de uno o más delitos del Título VIII del Libro II del Código Penal; salvo en el caso de los delincuentes primarios condenados por un solo delito menos grave, donde quedaba al criterio facultativo del Tribunal. Supone la inclusión de medidas de seguridad para plenamente imputables, específicamente en los delitos sexuales. Hacemos nuestra la reflexión al efecto de OTERO GONZÁLEZ (2015, p. 55)³⁸⁸, que predica de la libertad vigilada *“camuflando como medida de seguridad lo que parece tener un contenido punitivo, de carácter meramente asegurativo frente al terapéutico del resto de las medidas de seguridad”*, como un mecanismo para combatir la reincidencia en los casos en los que pudiera persistir la peligrosidad del individuo tras la aplicación de una pena. No obstante, critica SIERRA LÓPEZ (2022, p. 848)³⁸⁹ que la previsión de su actual aplicación automática, en el ámbito del art. 192 CP (vigente), la desliga de la

³⁸⁸ V. OTERO GONZÁLEZ, P. (2015). *La libertad vigilada aplicada a imputables? : Presente y futuro*. Dykinson.

³⁸⁹ V. SIERRA LÓPEZ, M. V. (2022). Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa. En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS y P. ESQUINAS VALVERDE (Dirs.); M. A. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 808-848). Aranzadi.

peligrosidad criminal del individuo³⁹⁰, advirtiéndose su severo parecido a una consecuencia accesoria, en la que la ausencia de un agente de libertad vigilada incrementa .

4.4. Reforma de 2015

En el año 2015, la reforma del Código desarrollada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, trae consigo otra importante reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, especialmente, en lo concerniente a la cuestión de los menores de edad en nuestro vigente Código Penal.

La principal novedad, que infunde toda la regulación de la materia fue la elevación de la edad de consentimiento sexual de 13 a 16 años. Un incremento tan significativo del hito cronológico considerado por el legislador para dotar de validez al consentimiento sexual puede presentarse como una disposición que no atiende a la realidad sociológica³⁹¹ de nuestro país. A la par, podría desatenderse biológicas que procede valorar en este caso, esto es, la capacidad natural de reproducción a una edad mucho más temprana que la considerada para fijar la frontera punitiva del Derecho Penal en materia sexual. Es decir, no solo los menores desarrollan interacciones sexuales de manera más temprana, sino con sujetos biológicamente púberes desde los 11 años en adelante³⁹².

³⁹⁰ Compartimos que con tal aplicación automática, se elude la necesidad de efectuarse el correspondiente juicio de peligrosidad, que debería exigirse como presupuesto para la imposición de una medida de seguridad de esta naturaleza.

³⁹¹ Así se comparte también por DE LA MATA BARRANCO, N.J. (*Op. cit.* n. 189, p. 7).

³⁹² Como destaca BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc>, p. 7, aunque la edad de consentimiento haya experimentado varias elevaciones en los últimos años en España, la tendencia social hacia la precocidad sexual viene caracterizada por “una liberalización de las costumbres basada en un nuevo modelo cultural de la sexualidad”. En sintonía,

La justificación de la elevación de la edad de consentimiento sexual se sustancia, según la Exposición de Motivos³⁹³, en la sugerencia del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño³⁹⁴ en tal sentido. Adicionalmente se postula para justificar la elevación a 16 años de la edad de consentimiento sexual una perspectiva de Derecho comparado, con las edades medias de consentimiento sexual de los países de nuestro entorno europeo, que sitúan la edad mínima entorno a los 15 ó 16 años ³⁹⁵.

Ambos argumentos van dirigidos, según la Exposición de Motivos, a mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil. Circunstancia que llama la atención porque esta cuestión de la edad de 16 años influye muy relativamente para la materia de la prostitución y no así para los demás delitos del Título VIII, puesto que la prohibición de prostitución con menores alcanza a los 18 años.

GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La Sexualidad de los Jóvenes: Criminalización y Consentimiento*. Tirant lo Blanch, p. 38, advierte que existe un cambio conceptual, caracterizado por “el marco de una sociedad pluralista y multicultural”, en la que se ha evolucionado desde un “modelo de sexualidad reproductiva, asociado a una concepción tradicional del matrimonio y de la familia, basado en concepciones patriarcales” hacia una “sexualidad no reproductiva, cuyo objetivo es la felicidad y el deseo”.

³⁹³ Punto XII de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

³⁹⁴ Cabe destacar que COUSO, J. (2009). *La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho Penal. Seminario En Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política- Universidad de Yale*. <http://hdl.handle.net/20.500.13051/17573>, p. 10, reflexiona sobre la cuestión de que la Convención de los Derechos del Niño de 1989 no puntualiza una edad mínima de consentimiento sexual, en tanto que, como señala el autor, la norma pretendía proscribir el abuso y explotación de menores, no regular su vida sexual. Así, apuntan HODGKIN, R. y NEWELL, P. (2007). *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (3.^a ed.). UNICEF, que la protección que la norma reclama a los Estados Miembros frente a la explotación sexual de los menores se extiende hasta los 18 años, aun cuando la edad de consentimiento sea inferior, lo que permite colegir una diferencia clara entre ambos conceptos, y entre lo que es o no objeto de interés por el Convenio.

³⁹⁵ No obstante, apunta con acierto MENDOZA CALDERÓN, S. (2022). *Criminalidad juvenil en la era digital*. Tirant lo Blanch, p. 219, que la elevación de la edad no responde a una decisión derivada de la trasposición de la Directiva, sino de cuestiones que exclusivamente competen a la soberanía de cada Estado.

Entendemos improcedente la equiparación de la delincuencia sexual contra menores, en las formas de la prostitución o de hacer contemplar a un menor conductas sexuales de terceros, por citar ejemplos que el propio legislador aduce en esta Exposición de Motivos, frente a las formas de relación sexual desarrollados en el marco una manifestación libre, consciente y coherente con la madurez y personalidad sexual del individuo, con conocimiento y voluntad de ambos integrantes. Tales aspectos no pueden ser factores que se pongan en el mismo plano, criminalmente, para justificar, en una suerte de conmixción argumental, la apuesta por el incremento de la edad de consentimiento sexual de 13 a 16 años.

Dicho de otra forma, en la medida que nuestra legislación penal presenta a lo largo de sus disposiciones una diversidad importante de límites e hitos cronológicos, en cuanto a menores se refiere, para su protección o para establecer los límites de su responsabilidad³⁹⁶, una de nuestras propuestas en esta materia, frente a la relevante ampliación de la incriminación, sería la fijación de un límite en una edad algo inferior a la actualmente vigente³⁹⁷, que fuera coherente con el límite de edad establecido en la LORPM para la exigencia de responsabilidad penal al menor.

³⁹⁶ Sin ánimo de exhaustividad, desde los 4 años de la víctima o inferior, elemento que cualifica las agresiones sexuales a menores (ex. art. 181.4. c. CP); a los 14 años o inferior edad de la víctima, para la cualificación del delito de lesiones del art. 148 Cp.; o los propios 14 años, como edad mínima para exigir la responsabilidad penal conforme al art. 1 LORPM, entre otros hitos temporales.

³⁹⁷ Será esta, anticipamos, una de las propuestas que, a modo de conclusión de la presente investigación, se propondrán *de lege ferenda*.

El actual régimen jurídico parte del axioma de que toda relación sexual, con un menor de 16 años es, *per se*, típica. A la par, se introduce la salvedad de se trate de personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez físico y psicológico, a través de la cláusula del art. 183 quater (hoy 183 bis) CP. Se trata de un aspecto, por supuesto, que solo son ponderable en el plano marcadamente discrecional y subjetivo de la valoración judicial de la prueba³⁹⁸.

Ante los Juzgados y Tribunales, es frecuente encontrarse actualmente a menores (entre 14-18 años, ámbito de la LORPM)³⁹⁹, o a los jóvenes en su primera etapa de la vida adulta (18-25 años), sometidos a un proceso como potenciales delincuentes sexuales, por delitos que contemplan una intensa reacción punitiva.

Las previsiones de nuestro Código Penal conducen a los órganos judiciales a adentrarse, por mandato de la norma, en la valoración de factores concretos como son las diferencias de edad y el grado de desarrollo y madurez sin que existan criterios objetivos, claros y consensuados sobre el alcance y significado de cada una de las cuestiones, ni tampoco sobre los parámetros adecuados para

³⁹⁸ GÓMEZ TOMILLO, M. (2015). Artículo 183 quater. En M. GÓMEZ TOMILLO (Ed.), *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II. Delitos contra las personas* (pp. 539-546). Aranzadi, p. 535, cuando entiende que, tratándose de una cláusula de atipicidad, puede ser apreciada en fase instructora. En el mismo sentido, lo entiende también BOLDOVA PASAMAR, M.A. (2021), *op. cit.*, n. 191. Nosotros, asumiendo este planteamiento, y aun contemplando los criterios aportados por la Circular FGE 1/2017, que pondera la apreciación en fase instructora —ya sea en el procedimiento penal de menores, ex art. 16 LORPM; ya en adultos, por el sobreseimiento libre del art. 637.2º LECrim—, no dejamos de advertir el riesgo de que esta determinación y valoración se difiera, aun incluso en casos de clara concurrencia de los factores de la cláusula a la etapa valorativa del juicio oral, por diversas razones prácticas, desde la concurrencia de una acusación particular que interese la continuación hacia tal etapa, como por la reticencia del instructor a adoptar —especialmente, en caso de adultos—, la solución propuesta por la Fiscalía, el sobreseimiento libre, que supone una resolución definitiva y con efecto de cosa juzgada, por supuesto, una vez sea firme.

³⁹⁹ V. El tratamiento que se realiza de la cuestión, específicamente sobre la respuesta penal ante la delincuencia sexual cuando el sujeto activo es un menor, por BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021b). Minoría de edad y delitos sexuales. En A. ABADÍAS SELMA, S. CÁMARA ARROYO y P. SIMÓN CASTELLANO (Coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor* (pp. 407-423). Wolters Kluwer.

su análisis en los sujetos implicados. Esencialmente, porque al tratarse de cuestiones de eminente naturaleza psíquica –salvando la referencia a la proximidad en desarrollo físico–, cualquier prueba o estudio valorativo adolece, por definición, del nivel de fiabilidad o certeza que en el ámbito penal se exigen a las pruebas preconstituidas que puedan ser susceptibles de enervar la presunción de inocencia del individuo. Dicho de otro modo, la inaplicación o aplicación de la cláusula, en supuestos de proximidad (no simetría) de edad, se sustancia en valoraciones sobre el desarrollo y madurez que poseen un carácter manifiestamente subjetivo y discrecional en su valoración pericial. Ello conduce a un ámbito de inseguridad jurídica manifiesto, con el riesgo añadido de que a la intervención penal en estos casos suele acompañarle no solo la condena a prisión y ulterior libertad vigilada, sino a la categorización del sujeto como “delincuente sexual”, lo aproxima socialmente a un “pederasta”⁴⁰⁰ y lo que posee unos efectos singularmente relevantes y extensos en el tiempo, frente a otros delitos.

Los efectos jurídicos de las sentencias en esta materia se extienden más allá de los límites ordinarios de la cancelación de los antecedentes penales, especialmente en atención a las previsiones del art. 129 bis CP (que fija, entre las consecuencias accesorias personales la introducción en ficheros policiales de marcadores de ADN)⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Sobre esta concepción, compartimos plenamente la crítica de RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2016). *Política Criminal, Cultura y Abuso Sexual de Menores*. Tirant lo Blanch, p. 91, con el carácter “demoníaco” y “deshumanizador” con el que socialmente se atiende a referirse, in genere, a los condenados por delitos sexuales contra menores, hasta constituir a éstos en una “categoría” de delincuentes diferentes de los “normales”.

⁴⁰¹ V. HERNÁNDEZ GARCÍA, J. y RAMÍREZ ORTÍZ, J. L. (2015). Las consecuencias procesales de la reforma. En G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*. Aranzadi, califican este precepto introducido en la reforma de la LO 1/2015 como “sorprendente”, citamos “*primero, por su propia presentación como una consecuencia accesoria de un delito, y segundo, por la manifiesta ausencia de rigor regulativo en una materia de excepcional trascendencia constitucional y que, además, se presenta, sin justificación alguna, desligada del régimen general de obtención de muestras biológicas en el proceso penal. Una demostración más de irracionalidad*”.

También se patentiza en la exigencia, para ciertos trabajos u ocupaciones, de un certificado específico en esta materia⁴⁰², emitido por un registro público, no sometido a los plazos de cancelación de antecedentes del art 136 CP⁴⁰³, sino a una normativa *ad hoc*⁴⁰⁴, que dilata de una manera absolutamente extraordinaria la sujeción del individuo a un régimen de permanente señalamiento público. crudeza

legislativa y de indolente desprecio a la necesidad inaplazable de una nueva regulación procesal sistemática, muy en particular en lo que atañe a los medios, fuentes, métodos y objetos de prueba que pueden entrar en colisión con derechos fundamentales y garantías constitucionales”. Sobre el estudio de esta disposición y los conflictos respecto a la tutela de los derechos fundamentales del afectado, v. DE HOYOS SANCHO, M. (2010). Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 35 y BOLDOVA PASAMAR (2021b), *op. cit.* n. 129, p. 422.

⁴⁰² Nos referimos al Certificado de Delitos de Naturaleza Sexual, expedido por el Ministerio de Justicia, en concreto, por el Registro Central de Delincuentes Sexuales, creado mediante Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre; para dar cumplimiento a las previsiones de la Ley 26/2015, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su Disposición Final 17ª..

⁴⁰³ El informe 401/2015 de la Agencia Española de Protección de Datos, se ofrece una solución hermenéutica ante una consulta planteada acerca de la determinación del art. 13.5 del Real Decreto 1110/2015, en lo atinente al ámbito objetivo de la expresión “profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores”, ofreciéndose una postura restrictiva en su interpretación, de manera que no todas las actividades económicas o profesionales en las que, de manera eventual o casual, exista un contacto con un menor –potencialmente– determinan la exigencia de esta certificación pública, sino solo aquellas que tengan como “destinatarios prioritarios a los menores”, en un contacto “regular y directo, y no meramente circunstancial”, como entiende LLEDÓ BENITO, I. (2018). Disposición final decimoséptima. En AA.VV., *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la infancia y a la adolescencia*. Dykinson, p. 1162.

⁴⁰⁴ Se regula en el art. 10 del Real Decreto 1110/2015, antes meritado, estableciéndose una diferenciación entre los supuestos de que el condenado sea menor de edad, en el momento de la imposición de la medida, en cuyo caso, se rige por lo dispuesto, en el en el capítulo VI del Real Decreto 95/2009, de 6 de Febrero (véase art. 24 de dicha norma reglamentaria, que establece una cancelación de los antecedentes consignados conforme a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, en el plazo de 10 años desde su imposición, una vez que el sujeto hubiera alcanzado la mayoría de edad y se hubieran cumplido en su plenitud o hayan prescrito); frente a los adultos, que se establece un plazo de 30 años, desde que deba considerarse cumplida la pena conforme al art. 136 del Código Penal, sin que la cancelación de los antecedentes penales -fijada en el antedicho precepto de la Ley sustantiva criminal- conlleve la cancelación de la inscripción en este particular registro.

Esta forma de publicidad registral entendemos que nace, precisamente, con una marcada influencia del Derecho Penal del enemigo⁴⁰⁵, en la categorización como tales de los “delincuentes sexuales” como una subespecie criminológica. Los “enemigos” deben ser apartados de la sociedad a través de barreras físicas –primariamente, mediante la prisión, con altas condenas– y mediante una serie de obstáculos posteriores para la recuperación plena de su libertad. Algunos, de carácter temporal, como la libertad vigilada, al terminar el cumplimiento de la pena privativa de libertad; otros, de mayor duración (casi a perpetuidad en muchos casos, atendiendo la edad de comisión del delito por el sujeto), como la obligatoriedad de inscripción en aquel registro de su sentencia, junto con la imperatividad de la obtención de certificaciones del mismo para la realización de ciertas actividades laborales⁴⁰⁶, que quedan vedadas a tales individuos. Es irrelevante que hayan cumplido su pena y que hayan superado la libertad

⁴⁰⁵ Concepto acuñado por el autor alemán GÜTHER JAKOBS en 1985, en su trabajo publicado en JAKOBS, G. (1985). *Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 751-785. Posteriormente, resulta muy relevante su obra en JAKOBS, G. y CANCIO MELIA, M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo* (1.ª ed.). Civitas. Resultan también de interés los comentarios sobre esta cuestión de RAGUÉS I VALLÈS, R. (2010). El «Derecho Penal del enemigo» en La Expansión del Derecho Penal. En R. ROBLES PLANAS y P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coords.), *La crisis del Derecho Penal contemporáneo* (pp. 87-103). Barcelona, España: Atelier; junto con los de PORTILLA CONTRERAS, G. (2007). Bases teóricas del “nuevo” Derecho Penal schmittiano: el Derecho Penal y procesal penal del “enemigo”. *Revista Ius*. <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/177>. En sentido particularmente crítico, resulta de interés las formulaciones de GÖSSEL, K. H. (2014, 17 abril). Réplica al Derecho Penal del Enemigo: Sobre personas, individuos y personas del Derecho. *Lex*, 11(12). En <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/26>

⁴⁰⁶ Véase Artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (tras lo dispuesto por el Artículo primero, punto ocho, de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), cuando se señala que “será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales”. Así, resulta criticable especialmente que el precepto venga a instaurar una nueva categoría especial de “antecedentes penales”, una suerte de antecedentes extendidos en razón del tipo, que exorbita a aquellos derivados de cualquier condena por un delito.

vigilada impuesta, al extenderse los efectos más allá incluso de la cancelación de antecedentes penales⁴⁰⁷.

No podemos dejar de cuestionar la coherencia de estos mecanismos con los preceptos fundamentales de nuestra Constitución, como el art. 25, donde se preconiza la reeducación y reinserción social como fines principales de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad. Difícilmente puede aspirarse a una verdadera reinserción social del delincuente sexual cuando, tras el cumplimiento de la pena y de la medida de seguridad de libertad vigilada, aparece como un lastre la inclusión en un registro público, que conculca a nuestro entender esa finalidad de reinserción, al no permitir al sujeto rehabilitado –si es que se asume la posibilidad de rehabilitación del delincuente sexual–, poder desarrollar una vida normalizada tras el cumplimiento de sus responsabilidades penales.

Cuando se acude a reflexionar acerca de esta clase de instrumentos, aparece en el cierto imaginario colectivo la imagen del pederasta (esto es, del adulto que abusa de un niño entre los que existe una muy acusada diferencia de edad). Así, la justificación de una protección global de la infancia se presenta abstractamente como una razón, poderosa y predominante, frente al derecho del penado a su reinserción. Ello, aunque sea contraviniendo los principios esenciales en que se sustancian los modelos de tratamiento penitenciario de la delincuencia sexual en España⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Como extraemos del programa actualmente aplicado en el ámbito penitenciario para el tratamiento a los delincuentes sexuales, redactado por GARRIDO GENOVÉS, V. J. y BENEYTO ARROJO, M. J. (1996). *El control de la agresión sexual*. Serrano Villalba, p. 480. En esta misma línea, se extrae del estudio de GONZÁLEZ-

Conviene resaltar la distorsión que ha supuesto la elevación de la edad de consentimiento en lo que a la categoría criminológica del “delincuente sexual contra menores” se refiere. Bajo el paraguas del Título VIII, en su Cap. II bis, no solo se pretende dar protección a los menores de 16 años de los comportamientos de potenciales pedófilos y hebéfilos (ya que hablar de pedofilia respecto de púberes resulta, en sí mismo, antitético), que deciden en avanzar en su pulsión, hacia la esfera criminal. También, atendiendo a esa elevación y como efecto contraproducente, se está comprendiendo en el ámbito de los delitos sexuales como posibles sujetos activos a otros menores que superan los 14 años (edad de responsabilidad penal, limítrofes en ocasiones a los 16 años)⁴⁰⁹ en las manifestaciones de su libertad sexual positiva de proyección interactiva.

En los casos de sujetos de cierta proximidad en edad (menores-menores, menores-jóvenes), se produce una contraposición entre las voluntades de exploración y desarrollo de la esfera sexual propias de dichas etapas y la pretensión legislativa de reforzar la protección de los menores, incluso contra su propia voluntad. Esto pudiera representar una moralización vía legislativo-criminal, en lo que se denomina una función troqueladora de la sociedad a través de la legislación penal, como advierte DÍEZ RIPOLLÉS (1981)⁴¹⁰.

PEREIRA, S., MARTÍNEZ-CATENA, A., POZUELO, F. *et alii* (2020). Actualidad y futuro del tratamiento y la reinserción social de los delincuentes sexuales. *Cuadernos de Política Criminal*, pp. 285-305.

⁴⁰⁹ Al respecto, conviene resaltar la reflexión de la SAP Málaga, Sec. 8ª., nº 268/2018, de 3 de mayo (ECLI:ES:APMA:2017:506), cuando señala que “podemos encontrar ante la paradoja de que unas normas promulgadas para proteger a los menores de edad puede acabar produciendo el efecto de criminalizar algunas de sus conductas”.

⁴¹⁰ Cfr. N. 153 de esta tesis.

Resulta de difícil justificación la negación de la capacidad de prestar un válido consentimiento para una interacción sexual con otra persona próxima a un menor al que, por el contrario, el ordenamiento jurídico, en sus diversos sectores le está reconociendo autonomía de su voluntad para el ejercicio de una derechos, de carácter personal y patrimonial.

Sirva como ejemplo los dispares criterios de nuestro ordenamiento, entorno a las diversas edades a las que se asocia una capacidad para poder desarrollar determinados actos, hechos e incluso negocios jurídicos. Son ejemplos, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes:

- Desde que el menor posea capacidad natural (sin límite de edad):
 - o Puede detentar la mera posesión de los bienes (443 párrafo 1º CC).
 - o Derecho a ser oídos en aquellos procedimientos cuyas decisiones les afecten, en el ámbito del ejercicio de la patria potestad (art. 154 *in fine* CC).
 - o Oír al menor con juicio suficiente en el procedimiento de derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica (arts. 59-60 Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria).
- Desde los 12 años:
 - o Derecho a ser oído en los procedimientos de adopción (177 CC).

- Derecho a ser oídos en declaraciones de riesgo en materia de protección de menores (art. 17 de LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor)
- Desde los 14 años:
 - Derecho a que se recabe su consentimiento en la protección de datos (art. 7 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
 - Derecho a otorgar testamento (salvo en forma ológrafa, arts. 633 CC y 408 Código de Derecho Foral de Aragón).
 - Puede exigírsele responsabilidad penal por sus actos (art. 1 LORPM) e imponérsele medidas de carácter educativo-sancionador, previstas en la Ley, como consecuencia de la comisión de hechos delictivos.
 - Obtención de una Autorización Especial para Menores, en el ámbito del Reglamento de Armas, para el uso de ciertas armas⁴¹¹.
- Desde los 15 años:
 - Obtener la licencia AM para la conducción de ciclomotores de dos o tres ruedas y cuatriciclos ligeros –coloquialmente conocidos como “coches sin carnet”– (art. 4.2.a del Real Decreto

⁴¹¹ En concreto, señala el art. 109.2 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, que *“los mayores de catorce años y menores de dieciocho podrán utilizar las armas de la categoría 3.ª, 2, para la caza y las de la categoría 3.ª, 2 y 3, para competiciones deportivas en cuyos Reglamentos se halle reconocida la categoría «junior»”*

818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores).

- Desde los 16 años:
 - Prestar consentimiento de manera válida (con todos los requisitos) para poder interactuar sexualmente con un tercero (arts. 181 y conc. CP, en su versión tras la LOGILS).
 - Si se reúne los requisitos de madurez, ejercitar los derechos previstos en materia sanitaria por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de Autonomía del Paciente.
 - Emanciparse y poder contraer matrimonio (arts. 315 y ss. CC).
 - Desarrollar una actividad laboral, en los términos previstos en la Ley (art. 6 del Estatuto de los Trabajadores).
 - Posibilidad de ampliar el elenco de armas autorizadas en el ámbito de la Autorización Especial para Menores del Reglamento de Armas⁴¹².

En consecuencia, si bien el legislador reconoce la capacidad legal para desarrollar diversos actos y negocios jurídicos de todo orden, así como para llevar a cabo actividades objetivamente peligrosas⁴¹³ susceptibles de crear riesgos

⁴¹² V. Art. 109.1 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, “podrán utilizar exclusivamente para la caza o para el tiro deportivo en cuyos Reglamentos se halle reconocida la categoría «junior», pero no poseer ni llevar dentro de las poblaciones, armas largas rayadas para caza mayor o, en su caso, de la categoría 3.ª. 1, siempre que se encuentren en posesión legal de una autorización especial de uso de armas para menores y estén sometidos a la supervisión de un adulto titular de licencia de armas D, E o F, que previamente se hayan comprometido a acompañarlos y vigilarlos en cada cacería o acto deportivo, y asuman la responsabilidad de su adecuado almacenamiento de conformidad con los artículos 100.5, 101.5 y 133.2”

⁴¹³ Particularmente, la conducción y la tenencia de armas, son dos actividades en las que los riesgos para la vida e integridad del propio menor, y de terceros, se somete a un riesgo tolerado, siempre que se dé cumplimiento a las normas de cuidado que objetivamente determinan los parámetros de conducta permitidos.

para el propio sujeto otorgante o para terceros, y sin embargo, rechaza su capacidad para prestar un consentimiento en materia sexual hasta la edad de 16 años. Tales ejemplos evidencian la escasa congruencia del legislador español, que permite actividades donde existe un riesgo potencial para el menor y para terceros –incluso eventualmente vital– basándose en la suficiente capacidad de los mismos para poder desarrollarlos en condiciones de ajustarse a las normas de cuidado objetivo; y sin embargo, elimina la aptitud de los mismos para poder decidir válidamente en su esfera sexual interactiva.

Por tanto, resulta razonable advertir que la preponderancia de los factores morales en la configuración de la actividad sexual de los menores como una conducta particularmente susceptible de una regulación restrictiva, ponderándose la necesidad de una mayor edad (presumiblemente aparejada a un mayor desarrollo y madurez) para poder dar validez al consentimiento del menor en tal esfera del comportamiento. Tal determinación entendemos que se adopta, sin embargo, por una concepción negativa del binomio sexualidad activa y menores, que ha llevado a una exacerbación del incremento de la edad de consentimiento en una subida de gran alcance, de 13 a 16 años. Es la preponderancia de cuestiones ligadas a la moral sexual dominante, en suma, la que lleva al legislador a la decisión, preponderando cuestiones de moral sexual frente a la libertad de los menores para poder desarrollar adecuadamente su personalidad sexual. Es complejo sostener que al menor se le permita desarrollar, como hemos enunciado, actividades con severos riesgos para bienes jurídicos esenciales (la vida, por señalar el más claramente afectado en permisiones como la de la tenencia y uso de ciertas armas, potencialmente letales), y se censuren, genérica y masivamente, los actos de desarrollo de la personalidad sexual del

menor en los que interviene una voluntad favorable del mismo hacia su realización, bajo la premisa de que el menor, en el fondo, “no sabe lo que le conviene”. No es incompatible nuestra interpretación de la indemnidad sexual (de *lege lata*, como explicación más adecuada para el sistema de protección desplegado por el Código Penal en el Título VIII, de manera complementaria a la libertad sexual) y la crítica a la elevación de la edad de consentimiento, aspecto en el que se advierte un exceso injustificable. La cláusula del art. 183 bis CP trata de paliarlo, pero lo hace de una manera imperfecta y además, en muchas ocasiones, inequitativa ante supuestos semejantes, precisamente porque queda al concreto arbitrio judicial la apreciación de la concurrencia e intensidad de sus elementos constitutivos, sustentados en valoraciones con fuerte carga subjetiva, con lo que puede irse de lo discrecional a lo arbitrario. De esta forma, la capacidad para consentir se puede ver suplida si, a la hora de realizar la conducta sexual, la pareja sexual tiene edad y grado de desarrollo o madurez semejante. Es decir, que la capacidad para consentir no se hace depender de una valoración de las aptitudes cognitivas y volitivas del sujeto que presta el consentimiento exclusivamente (libertad sexual), sino también sobre la proyección del desarrollo de su personalidad sexual (indemnidad sexual).

En otro orden, a través de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cuando nos referimos a menores de 16 años, se castiga la realización de “actos de carácter sexual”. Se trata de una locución sobre la que existen matices relevantes.

Desde un plano estrictamente objetivo, algunas legislaciones han abogado por ofrecer soluciones interpretativas de carácter auténtico en sus normas (v.

Código Penal del Estado de Maine, EE.UU)⁴¹⁴. En este sentido, se plantea por algunos autores, como CORRÊA CAMARGO Y RENZIKOWSKY (2021, p. 145 y 146)⁴¹⁵ los casos en que, por condicionantes culturales, existen actos de expresión de afecto inocuos en un plano sexual en lo referente al sujeto activo y para con la comunidad en la que se inserta el individuo, pero que se incardinan en la expresión “actos de carácter sexual” si se concibe con la postura objetiva antes expresada.

En España, el Tribunal Supremo ha señalado que “las conductas sancionadas por el tipo del art. 183.1, esto es, los actos de inequívoco carácter sexual, incluidos los tocamientos en la zona vaginal o pectoral idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas (...)pero los besos, incluso en los labios, no revisten objetiva e inequívocamente este carácter sexual, pues son frecuentes en determinados ámbitos familiares e incluso sociales, sin que

⁴¹⁴ En su vigente regulación, señala el art. 251:

“Sexual act means:

(1) Any act between 2 persons involving direct physical contact between the genitals of one and the mouth or anus of the other, or direct physical contact between the genitals of one and the genitals of the other;
(2) Any act between a person and an animal being used by another person which act involves direct physical contact between the genitals of one and the mouth or anus of the other, or direct physical contact between the genitals of one and the genitals of the other; or
(3) Any act involving direct physical contact between the genitals or anus of one and an instrument or device manipulated by another person when that act is done for the purpose of arousing or gratifying sexual desire or for the purpose of causing bodily injury or offensive physical contact”.

⁴¹⁵ V. CORRÊA CAMARGO, B., y RENZIKOWSKI, J. (2021). El concepto de «acto de naturaleza sexual» en el Derecho Penal. *InDret*, 145-165. <https://doi.org/10.31009/indret.2021.i1.05>, cuando señalan el conocido caso del *Estado de Maine vs. Kargar*, en el que finalmente no se condenó al inmigrante afgano que, en presencia de diversos testigos y de una vecina (denunciante) había besado el pene de un niño recién nacido en varias ocasiones, como muestra de afecto y celebración del nacimiento. En este caso, se consideró que, a pesar de la taxativa definición de la norma penal vigente, no existió un “carácter sexual” en tal acto, puesto que se presentaba desprovisto de un alcance libidinoso.

necesariamente impliquen un comportamiento lascivo, merecedor de condena penal”⁴¹⁶

Reflejando ciertos postulados de voces relevante de la doctrina alemana, MONGE FERNÁNDEZ (2020, p. 220) advierte que existió, en aquel entorno jurídico, una oposición inicial a la ausencia de contacto físico para integrar el tipo de abuso sexual del § 176.1 StGB⁴¹⁷. En nuestra doctrina, se mostraron a favor de esta postura restrictiva respecto de la extrapolación los actos de carácter sexual a los que no exista contacto en el plano real entre agresor y víctima autores como OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (1997, p. 1144)⁴¹⁸, SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO (2011, p. 143)⁴¹⁹, QUERALT JIMÉNEZ (2015, p.228)⁴²⁰, o BOIX REIG (2016, p. 362)⁴²¹, en relación con el acceso carnal), entre otros.

No obstante, el concepto de “actos de carácter sexual” se extienden no solo a contactos físicos entre el sujeto activo y la víctima, sino también a través de las TIC⁴²², como medio comisivo del acto sexual, reflejándose por la reciente

⁴¹⁶ V. STS nº 490/2015, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:3510), F.Jº 6º. En conformidad con esta postura, SSTS nº 130/2019, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:870), y más recientemente, en esta línea, nº 465/2022, de 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1957)

⁴¹⁷ Cita MONGE, *op.cit. supra*, a SATZGER, H., SCHLUCKEBIER, W. y WIDMAIER, G. (2020). *StGB - Kommentar: Strafgesetzbuch*. Carl Hanser Verlag, § 176, nº 3, p. 1098; LACKNER, K. y KÜHL, K. (2007). *Strafgesetzbuch* (26. Aufl.). C.H.Beck.

⁴¹⁸ V. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1997). Razones y sinrazones para una reforma anunciada. *La Ley*, 1420, 1-9.

⁴¹⁹ V. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. (2011). *Derecho Penal. Parte especial*. (16.ª ed.). Alianza Editorial.

⁴²⁰ V. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2015). *Derecho Penal español. Parte especial*. Tirant lo Blanch.

⁴²¹ V. BOIX REIG, J. (2016). *Derecho Penal: Parte especial*. Iustel.

⁴²² Solo a título indicativo, conviene señalar que la expansión de espacios virtuales como el “metaverso” no queda al margen de la cuestión que nos ocupa, en la medida de la existencia de casos en los que se denuncia una cierta violencia sexual en este ámbito. Véase, entre otras, la noticia de ALONSO, M. (2022, 24 abril). Por qué la violencia sexual del metaverso es tan grave como la de la vida «offline». *ELLE*. <https://www.elle.com/es/living/ocio-cultura/a39692835/violencia-sexual-metaverso/>, en la que se reflexiona en un medio de comunicación generalista sobre la violencia sexual en el metaverso, en el espacio virtual y su relación con la violencia machista. De hecho, en relación a esta cuestión, la Delegación del

jurisprudencia⁴²³ y por una buena parte de la doctrina penal española⁴²⁴ más reciente.

Precisamente el énfasis en la relación entre la realidad “virtual” la reforma de 2015, y tras el anterior *excursus*, la regulación de los delitos sexuales en el marco de las TIC, dio lugar a nuevos delitos de embaucamiento cibernético de menores (“Child grooming” y “Sexting”) y sobre la pornografía infantil a través de medios electrónicos, así como a la reinterpretación de los medios comisivos de las figuras clásicas (abuso y agresión sexual, cuya diferenciación se elimina tras la LOGILS).

En toso estos casos, la protección de la libertad e indemnidad sexuales, adquiere diversos matices a partir de la regulación de tales figuras en nuestro ordenamiento penal que comparten, como elemento común denominador, el

Gobierno sobre la Violencia de Género dedica una especial atención en sus contenidos informativos a esta clase de actos, como un modo comisivo particularmente peligroso de violencia de género. Por ello, precisamente, se reclama por algunos sectores una regulación específica de la violencia sexual en el metaverso. Ya existe, en el ámbito autonómico administrativo, alguna norma específica que recoge la “violencia digital” como una manifestación peculiar de la violencia machista, como en Cataluña el art. 4.2 letra f) de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, modificada por la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, en la que se define la violencia virtual como: f) Violencia digital: “*aquellos actos de violencia machista y misoginia en línea cometidos, instigados, amplificados o agravados, en parte o totalmente, mediante el uso de tecnologías de la información y de la comunicación, plataformas de redes sociales, webs o foros, correo electrónico y sistemas de mensajería instantánea y otros medios similares que afecten a la dignidad y los derechos de las mujeres. Estos actos causan daños psicológicos e incluso físicos; refuerzan estereotipos; dañan la dignidad y la reputación; atentan contra la privacidad y libertad de obrar de la mujer; le causan pérdidas económicas, y plantean obstáculos a su participación política y a su libertad de expresión*”.

⁴²³ V. SSTS nº 320/2019, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2019:2099), y previamente, nº 864/2015, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5809) y nº 450/2018, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3525), entre otras.

⁴²⁴ V. ORTS BERENGUER, E., y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Tirant lo Blanch, p. 123; GÓMEZ TOMILLO, M. (2005). *Derecho Penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1215757&yorden=43355&yinfo=link;>, pp. 150-153; MONGE FERNÁNDEZ, A. (2020). «*Las Manadas*» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales. (Prolog. M.A. BOLDOVA PASAMAR). Tirant lo Blanch, P. 220; ESQUINAS VALVERDE, P. (2022). Delitos de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP). En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, P. ESQUINAS VALVERDE (Dir.) y M. A. Morales Hernández (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 141-225). Aranzadi

hecho de que se realizan en el contexto de las TIC. Internet y los sistemas de comunicación ligados al mismo (especialmente, las redes sociales) constituyen, respecto de la tradicional delincuencia sexual, un nuevo factor criminógeno que dio lugar, especialmente tras el Convenio de Budapest de 2001, el Convenio de Lanzarote de 2007 y de la Directiva 93/2011/UE⁴²⁵, a la implementación de una serie de tipos en nuestro Código Penal que, de manera conjunta, comparten un punto de vista común: la anticipación de la intervención del Derecho Penal como modo de conjurar un entorno de riesgo y particularmente idóneo para atentar contra los menores en sus derechos sexuales.

La pretensión de la incorporación al Código Penal de estas figuras delictivas se dirige a dotar al Derecho Penal de herramientas para impedir la lesión de los bienes jurídicos a través de estos delitos, que castigan bien conductas que constituyen actos preparatorios autónomos (a través de figuras de peligro hipotético), bien mediante unas definiciones, en el caso del art. 189.1 CP en materia de pornografía infantil, mediante las que se equiparan conductas e imágenes de menores reales, frente a las meras representaciones “realistas” o aparentes.

⁴²⁵ Muy diversos son los estudios referenciales de estas normas, en su implementación en el ordenamiento español, desde distintas perspectivas, destacándose VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2014). Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación. *Estudios Penales y Criminológicos*, 34, pp. 639-712; GARCÍA NOGUERA, I. (2014). Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE. *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)- UOC*, 19. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5582977.pdf>, SALAT PAISAL, M. (2016). Las consecuencias sancionatorias aplicables a los delincuentes sexuales tras las últimas reformas legislativas. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 36. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2873>; RODRÍGUEZ TIRADO, A. M. (2018). La víctima de los delitos de pornografía infantil cometidos a través de las TIC de la Directiva 2011/93/UE y la determinación de la jurisdicción española. En F. JIMÉNEZ CONDE (Dir.); O. FUENTES SORIANO y M. I. GONZÁLEZ CANO (Coords.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales* (pp. 485-493). Tirant lo Blanch.

En el delito *child grooming*, consistente en contactar a través de las TIC con un menor de 16 años, con el propósito de embaucarle para que le facilite material pornográfico o muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, nos encontramos ante un tipo en el que se anticipa la reprensión penal, a una esfera meramente preparatoria –que se considera hipotéticamente peligrosa para la lesión del bien jurídico de la indemnidad sexual–, y en la que no se ha producido efectivo contacto físico entre el menor y el sujeto activo, ni tampoco se ha dado lugar a un principio de ejecución, aun cuando fuera en el ámbito virtual, de una interacción sexual sin consentimiento o con un consentimiento viciado⁴²⁶.

En otro orden, otra de las novedades relevantes que trajo consigo la reforma de 2015, fue la configuración del vigente artículo 189 del Código Penal, en el que se disciplina la punición de todas las conductas relacionadas con la pornografía infantil⁴²⁷, junto con otras conductas más próximas a la extinta figura de la clásica corrupción de menores, en su conceptualización previa a los cambios legislativos contemporáneos.

En particular, a los efectos que nos ocupan, nos resultan de particular interés los siguientes aspectos:

⁴²⁶ Puesto que tales conductas, según ya hemos explicado en las páginas precedentes, mayoritariamente hoy se concebirían como actos ejecutivos de una agresión sexual por medio virtual.

⁴²⁷ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2022b). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M. A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal Parte Especial* (pp. 221-247). Comares.

1º) La incriminación, en pie de igualdad, de la pornografía real y la meramente virtual, así como la que se desarrolle con sujetos que “parezcan” menores, presumiéndose *iuris tantum* que lo son. Respecto de esta cuestión, que responde a razones estrictas de política criminal de ámbito europeo⁴²⁸, no se atiende a una ponderación equilibrada de la gravedad y trascendencia para el sujeto pasivo del delito de la realización de las diversas conductas. Esencialmente, porque se equiparan delitos con víctimas reales (los menores utilizados para la elaboración) frente a aquellos en que no ha intervenido un menor real⁴²⁹. Ya el hecho de tratar estas últimas manifestaciones creativas, por deleznales que puedan ser en un plano moral, como pornografía infantil, desenfoca el objeto de protección. Al hacerlas equivalentes a las reales, se hiperboliza el desatino del legislador, incluso en clave de un factor criminógeno⁴³⁰.

⁴²⁸ Cfr. Directiva 2011/93/UE.

⁴²⁹ En este mismo sentido crítico, v. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (2022). Análisis interpretativo y evolución legislativa del tipo pena de pornografía infantil (art. 189 CP). En E. Marín de Espinosa Ceballos, P. Esquinas Valverde (Dir.), M. A. Morales Hernández (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 683-715). Aranzadi, pp. 706-709. También GARCÍA ALBERO, R. M. (2015). Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito. En C. VILLACAMPA ESTIARTE y T. AGUADO CORREA (Coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección* (pp. 281-302). Aranzadi, p. 282, apunta a que es la “predisposición del sujeto” lo que se pretende atajar mediante la aplicación de la norma penal, aspecto que resulta criticable. Entendemos que la exorbitación del objeto de protección penal permite la ampliación a la esfera típica de conductas que no revisten una verdadera trascendencia para la lesión de bienes jurídicos tutelables, y que responde a una tendencia del legislador, ante la ausencia de medidas de carácter predelictual, para anticipar la intervención a conductas que deberían quedar al margen de la sanción penal, pero a las que se dota de sustantividad por cuestiones tanto de populismo punitivo como de prevención general de signo pedagógico.

⁴³⁰ En una aportación inicial en la senda investigadora, tuvimos ocasión de advertir que las equiparaciones de conductas con diferente intensidad en la energía criminal requerida, y con diversa significación para la lesión del bien jurídico en un plano material (no meramente formal), pueden constituir un incentivo para el sujeto con impulsos sexuales de esta naturaleza a satisfacerlos con la forma más intensa de realización, con el medio comisivo que le permita aplacar de mejor forma su pulsión. De esta forma, se neutraliza el efecto de prevención general negativo que ofrece la proporcionalidad de la respuesta penal ante las conductas más graves, frente a las de menor entidad, en FUERTES IGLESIAS, C. (2013), *op.cit.* n. 380, *passim*.

2º) El castigo de la mera posesión y acceso a sabiendas a la cualquier material de pornografía infantil (con independencia de que haya o no menores reales involucrados). Sirva la misma reflexión que en el caso anterior, en cuanto que se pone en pie de igualdad, nuevamente, dos conductas de distinto alcance y significación criminal, que en ningún caso (ninguna de las dos) lesiona genuinamente la indemnidad sexual de ningún menor concreto. De esta forma, aunque algunos autores han sostenido la necesidad de protección de la seguridad en la Red, no nos parece que el tratamiento sea el adecuado a través de la tipificación de estas conductas como atentados contra la indemnidad sexual.

3º) La configuración de la figura de corrupción de menores, como una modalidad omisiva, en un delito puro de garante, para el sujeto que tuviera legalmente tal posición respecto del menor y no impidiera su estado de corrupción (art. 189.6 CP)⁴³¹.

⁴³¹ V. BOLDOVA PASAMAR (2022b). *op cit.* n. 432, p. 242.

**PARTE SEGUNDA.- ESTUDIO DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS
EN LOS DELITOS SEXUALES EN LOS QUE LA VÍCTIMA CARECE (EN
PRINCIPIO) DE CAPACIDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL**

CAPÍTULO I.- LIBERTAD SEXUAL, INDEMNIDAD SEXUAL Y MORAL SEXUAL.

1. Aproximación conceptual: Presupuestos entorno al concepto de bien jurídico en Derecho Penal.

Pocas materias del Derecho Penal han sufrido una evolución tan destacada en la concepción del objeto de protección, del bien jurídico, como la cuestión que nos atañe. Es atribuida a BIRNBAUM la aproximación a tal concepto⁴³², (1834, p. 149-194), que ha tenido un diametral calado en la doctrina. En este sentido, resulta especialmente revelador ROXIN (1997, p. 51), cuando señala que “*el Derecho Penal sólo tiene que asegurar determinados “bienes” previamente dados, como la vida (§§ 211 ss.), la integridad corporal (§§ 223 ss.), el honor (§§ 185 ss.), la Administración de Justicia (§§ 153 ss.), etc., y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido*”. Dicho doble sentido, para este autor, supone la restricción de punibilidad de dos clases de elementos: la depuración de las meras inmoralidades⁴³³; así como lo que denomina exclusión de las contravenciones del Derecho Penal, basándose en las aportaciones de sus precedentes (GOLDSCHMIDT, WOLF Y SCHMIDT), para eliminar del ámbito de protección penal, aquellas conductas que sí merecen una

⁴³² En BIRNBAUM, J.B.F. (1834) *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung* en Abegg, J.F.H. *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge. Schwetschke y Sohn. Así lo atribuyen a este autor, desde referentes de la doctrina penalista, véase MANTOVANI, F. (2017). *Diritto Penale. Parte general* (p.192) CEDAM; o ROXIN, K. (1997). *Derecho Penal. Parte general* (Traducción D.M LUZÓN PEÑA et alii). Civitas, p. 55 y ss.

⁴³³ Ilustrativamente, ROXIN (cfr. n. anterior), viene a señalar, respecto de esta cuestión, como “*en este campo hasta el año 1969, con la tipificación de la homosexualidad entre adultos (§ 175 v. a.), la sodomía (§ 175 b v. a.), la alcahuetería (§ 180 a v. a.), la difusión de pornografía (§ 184 v. a.) y conductas similares, estaban penadas también acciones que ciertamente se consideran inmorales de modo general, pero que, si son realizadas por personas adultas y en caso de participación de varios con recíproco acuerdo y sin molestar a otros, no menoscaban ni “derechos” individuales ni “bienes” en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos*”

reprensión, pero que proceden de la contraposición de la conducta del sujeto a la norma o reglamentación estatal, al servicio de “misiones públicas de orden y bienestar, (...) éticamente incoloras”⁴³⁴.

De esta manera, para ROXIN, el fundamento de los bienes jurídicos radica en el Texto Fundamental, la Constitución, de la que se derivan y extraen los conceptos sustanciadores de dichos bienes jurídicos, concluyendo su conocida definición de éstos, como *“circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”*⁴³⁵. POLAINO NAVARRETE define el bien jurídico como el “bien o valor merecedor de la máxima protección jurídica, cuyo otorgamiento es reservado a las prescripciones del Derecho Penal”.

Sin embargo, discrepa CEREZO MIR (2004, p. 14)⁴³⁶, cuando entiende que la limitación de la tutela de los bienes jurídicos no se circunscribe exclusivamente al Derecho Penal, aunque sí, efectivamente, concluye, que es la rama que protege *“los bienes vitales más importantes ante las formas más graves de agresión”*⁴³⁷.

⁴³⁴ Ibid, p. 53. En el mismo sentido, ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2002). *Derecho Penal parte general* (2.ª ed.). EDIAR, p. 486.

⁴³⁵ De esta idea, se desprenden las siguientes consecuencias para ROXIN (*op.cit.* n. 50, p. 54 y ss.): 1) *Que las conminaciones arbitrarias del Derecho Penal no protegen bienes jurídicos*; 2) *Que las finalidades puramente ideológicas tampoco lo hacen*; 3) *Que las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos*; 4) *Que las contravenciones lesionan bienes jurídicos*. Respecto de estas últimas, debemos apuntar que es, precisamente, el principio de fragmentariedad del Derecho Penal el que conduce a que, no toda lesión a la norma sea jurídico-penalmente relevante, y en ese sentido, derivada de la exigencia del principio de legalidad penal, en la vertiente de su garantía criminal, solo constituirá delito aquella conducta definida como tal por la Ley y a la que se atribuye, en caso de su contravención, una pena. Así lo concibe también

⁴³⁶ CEREZO MIR, J. (2004). Concepto de Derecho Penal. En *Curso de Derecho Penal español* (6.ª ed., Vol. 1, pp. 14 y ss.). Tecnos.

⁴³⁷ Ibid, p. 14.

WELZEL (1969, p. 4)⁴³⁸, entiende que el bien jurídico puede concebirse como *“todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones”*, pudiendo deducirse, con claridad a nuestro entender, que el elemento resultante de esa conjunción de protecciones, como señala el citado autor, en *“relación conjunta”*, constituye el orden social. Ahora bien, evidentemente, sin que sea el Derecho Penal el único medio de protección de tal concepto, por el carácter fragmentario que ya hemos advertido. Existen, no obstante, interesantes evoluciones conceptuales, como la de HASSEMER (1989, p. 281)⁴³⁹, cuando afirma que *“los tiempos de alta complejidad social, en el Derecho Penal, son tiempos de las teorías de orientación personal”*.

El anterior autor, muestra una postura crítica respecto de los bienes jurídicos colectivos. HEFENDEHL (2007, p. 470)⁴⁴⁰ -cuando acude a tratar sobre los delitos abstractos de tal naturaleza-, introduce en la construcción una suerte de bien jurídico inmanente y complementario al bien jurídico sustancial que inspira ciertas figuras, en forma de *“confianza en el ordenamiento jurídico”*. Es decir, en esa construcción de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, aparece para el autor una dupla -al menos- insoslayable, sosteniendo una suerte de pluriofensividad esencial de los mismos en cuanto que, los delitos de tal clase siempre lesionarían el bien jurídico de la confianza en el ordenamiento, y el que propia o específicamente tratan de preservar. En este sentido VALLS PRIETO

⁴³⁸ WELZEL, H. (1956). *Derecho Penal parte general*. (C. Fontán Balestra, Trad.). Depalma.

⁴³⁹ HASSEMER, W. (1989, abril). Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*, 281-y ss.

⁴⁴⁰ HEFENDEHL, R. (2007). De largo aliento. El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. En *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 459-476). Marcial Pons.

(2014, p. 29)⁴⁴¹ manifiesta una postura crítica ante este planteamiento aduciendo su “abstracción y poca certeza”, o la imposibilidad de quebrantamiento de esa confianza en el ordenamiento, en supuestos de desconocimiento por los ciudadanos o de plena desconfianza colectiva en dicho funcionamiento -como extraemos de ROXIN, también citado por el referido autor-. En adición, debemos destacar la notable diferencia entre bien jurídico y objeto material del delito⁴⁴², siendo este último, el elemento sobre el que recae la acción delictiva, diferenciable del valor ideal del orden social –CEREZO MIR (2004, p. 15)–, que es el bien jurídico protegido.

Finalmente, el Derecho Penal no solo ofrece una protección “actual” de los bienes jurídicos, puesto que la consecuencia punitiva es siempre posterior a la lesión de estos, sino, como certeramente expone CEREZO MIR (2004, p. 16), se trata del “fomento del respeto a los bienes jurídicos”. En este sentido, la norma criminal viene a instruir a los ciudadanos, a crear como señala GIL GIL⁴⁴³ (2002, p. 15-16), una “actitud interna” de cumplimiento.

⁴⁴¹ Vease a este efecto la interesante comparativa que efectúa el autor VALLS PRIETO, J. (2014). Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas. En L. MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios* (pp. 27-42). Dykinson.

⁴⁴² En este sentido, no podemos eludir la referencia que CEREZO MIR - *op.cit. supra* p. 15-, hace en su texto a la aportación de GRACIA MARTÍN, L. (1990). *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*. (p. 250). Trivium; cuando, a propósito de esta cuestión, destaca “las funciones que puede desempeñar el objeto material del delito: limitativa de la protección del bien jurídico, diferenciadora entre tipos delictivos que protegen un mismo bien jurídico y servir de base para la configuración del resultado típico”.

⁴⁴³ Así lo concibe, como una actitud no moral, sino jurídica, siempre referida a un bien jurídico, la autora GIL GIL, A. (2002). Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal. En J. L. Díez RIPOLLÉS, C. M. ROMEO CASABONA, L. GRACIA MARTÍN, y J. F. HIGUERA GUIMERÁ (Coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir* (pp. 9-36). Tecnos.

2. La libertad sexual y su perspectiva positiva.

Con sumo interés, debemos resaltar cómo DÍEZ RIPOLLÉS (2000, p.217)⁴⁴⁴, advierte que la libertad sexual se consolida como “el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos”. Advierte este autor que no solo se trata de garantizar unas condiciones de autodeterminación, sino de libertad individual de quienes se involucren en una práctica sexual.

Nace así la concepción actual de la libertad sexual, como bien jurídico protegido, desterrando la arcaica concepción de los delitos “contra la honestidad”⁴⁴⁵ en la reforma del Código Penal alumbrada en 1989, que supone una ruptura del concepto sostenido en nuestros textos sustantivos criminales por más un siglo. La libertad sexual, por ende, debemos concebirla, en primer término -en una definición, compleja o coordinada entre dos esferas-, como la

⁴⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2000). El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual. En *Delitos contra la libertad sexual* (pp. 217-259). Consejo General del Poder Judicial.

⁴⁴⁵ Sobre la protección del legislador criminal español a la honestidad, en su análisis crítico, que llega a cuestionar que efectivamente sea la honestidad el verdadero objeto jurídico de protección, destacamos las relevantes aportaciones de GIMBERNAT ORDEIG, E. (1969, marzo). Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 22, 489-510, donde analiza (pp. 505 y ss.) la posibilidad de la violación de la mujer “deshonesta” -donde destaca la afirmación de la doctrina mayoritaria, frente a tesis minoritarias, como la de JIMÉNEZ DE ASÚA, que entendía que la mujer deshonestas, como una prostituta, no podía ser víctima de un delito contra la honestidad, sino, en todo caso, de coacciones, en caso de acceso carnal no consentido-, a la par que destaca las notables contradicciones y sinsentidos de la regulación de esta materia, cuando cuestiona el ataque a la honestidad que puede existir en conductas, por ejemplo, el bestialismo, en tanto, refiere el autor, de los animales no puede predicarse tal concepto normativo de honestidad. Como refiere ASÚA BATARRITA (1998), op.cit. n. 83, p.4, citamos textualmente, sobre la evolución de la reforma de 1989, “la tutela de la honestidad suponía la salvaguarda de un orden en el que la mujer y su status social estaban definidos en función de su pertenencia a un varón, y el nuevo enfoque desde la libertad partía del derecho de toda persona a la libre toma de decisiones relativas a su sexualidad, concebida esta última como una manifestación positiva para el desarrollo personal”. De esta forma, se evidencia como el cambio legislativo también tornó en una modernización conceptual de la jurisprudencia sobre la materia, en la evolución que CUGAT MAURI (1993), op.cit. n. 109, constató, en su estudio longitudinal sobre la cuestión.

aptitud de un sujeto para poder involucrarse en una conducta sexual deseada, o al menos, aceptada. Ello nos llevaría a un concepto positivo de libertad sexual⁴⁴⁶.

Esa aptitud del sujeto para poderse involucrar voluntaria y libremente en una conducta sexual admite una serie de matices, puesto que no es coincidente, en su génesis, con la edad de consentimiento sexual. Aun cuando frecuentemente son conceptos que se asocian, debemos señalar una importante diferencia. La condición sexual y el proceso de su formación, arranca desde el momento del nacimiento del ser humano, siendo consustancial a su evolución, una progresión en dicha esfera.

2.1. Aportación personal taxonómica: libertad sexual positiva autorreflexiva vs. libertad sexual positiva de proyección interactiva.

La libertad sexual positiva debe predicarse, a nuestro juicio y en una concepción personal, desde dos ópticas, a saber:

2.1.1. Una libertad sexual positiva de proyección exclusivamente individual, autorreflexiva o autónoma, que es la capacidad de autoexploración, satisfacción y desarrollo personal en la esfera sexual. La misma debe predicarse

⁴⁴⁶ Así, no solo DÍEZ RIPOLLÉS comparte esa concepción, sino que es prácticamente unánime en la doctrina española, con distintos matices, pero con una identidad en lo esencial. Véase, por todos, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE, M.A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (pp. 191-210). Comares; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2010). Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual? En M. CORCOY BIDASOLO Y S. MIR PUIG (Coords.), *Política criminal y reforma penal* (pp. 335-379). Edisofer; MAQUEDA ABREU, M. L. (1998). La reforma de los delitos sexuales: Valoración crítica de sus criterios rectores. En *El Nuevo Código Penal y la ley del jurado* (p. 80). Universidad de Sevilla- Fundación El Monte; QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (1996). *Derecho Penal español*. Bosch, p. 125; BOIX REIG, F. J. y ORTS BERENGUER, E. (2001) en F. MORALES PRATS Y G. QUINTERO OLIVARES (Coords.) *El nuevo Derecho Penal español*. Alianza Editorial.

desde la infancia, tan pronto como el sujeto menor es autoconsciente de su cuerpo, aun cuando no comprenda la significación de la sexualidad –de hecho, es un concepto de formación progresiva–. Dicha etapa es amparada, precisamente, por el concepto de la indemnidad sexual, como factor simbiótico⁴⁴⁷

De esta manera, entendemos que es más que plausible advertir una parte de libertad sexual positiva de proyección individual en todo ser humano, de manera inherente a su derecho al libre desarrollo de su personalidad, en la medida que la esfera sexual es, por definición, una de las partes esenciales de la personalidad.

Por ello, no resulta venturoso afirmar que la libertad sexual positiva de proyección individual constituye un ámbito de desarrollo libre respecto del que ordenamiento debe mostrar una abstención y respeto (una protección negativa) en el ámbito de la intimidad del ser humano, como una faceta del desarrollo de la personalidad.

De otra forma, quedarían al margen de la norma -en una suerte de “limbo” jurídico, si se nos permite la expresión-, todo el *iter* madurativo del individuo, desde el nacimiento, hasta que alcanza la edad de consentimiento sexual, como si el mismo fuera irrelevante para el Derecho Penal, cosa que no entendemos así

⁴⁴⁷ Anticipándonos a ulteriores reflexiones, cabe señalar en este momento que la indemnidad sexual, concebida como la aptitud para el libre desarrollo de la personalidad sexual conlleva una protección añadida a la propia libertad sexual. Se pudiera pensar, quizá, que los menores carecen de libertad sexual, al no poderse ver involucrados lícitamente para el otro integrante en una relación sexual. Pero ello, supone, necesariamente, concebir la sexualidad con un binomio cuando tiene una esfera unilateral o personalísima (si se quiere) donde el menor no es nunca indemne, entendiéndose como tal, inerte o ajeno a su propia experiencia. Es, y debe ser, indemne de injerencias externas que perturben su desarrollo sexual, mas sería ufano negar que el desarrollo sexual del menor se produce de una manera progresiva, y que, por ende, cuenta con una esfera autónoma de carácter sexual desde la infancia, que construye a través de la exploración propia.

que lo sea, puesto que es el presupuesto protegido a través de la indemnidad sexual.

Es decir, la faceta positiva (progresiva formación autónoma de la personalidad sexual, de la que la libertad positiva autorreflexiva es una manifestación destacada, puesto que el autorreconocimiento, exploración y satisfacción constituyen elementos sobre los que se vertebra, en cada sujeto de diferente manera pero con un contenido último semejante, la personalidad en la esfera sexual) tiene un anverso en la obligación, por parte del Derecho, de proteger la libre formación de la personalidad sexual del menor, durante esa evolución natural, para evitar injerencias en la misma que perturben ese devenir. Tal protección positiva constituye la razón de los delitos sexuales contra menores (ahora, de 16 años), como es la protección de la indemnidad sexual. Por tanto, libertad sexual positiva autorreflexiva e indemnidad sexual guardan una relación de complementariedad.

La infancia y primera juventud se presentan como etapas esenciales para el autoconocimiento y determinación de la orientación e inclinaciones sexuales del hombre o mujer adulta, así como la elección de patrones estereotipados de conductas deseadas frente a las que no se aceptan o rechazan.

La anterior afirmación se refrenda mediante la simple constatación empírica de las graves afecciones en la personalidad sexual que se producen en los casos de interacciones negativas en la esfera de desarrollo (véase, en las

víctimas de abusos sexuales, agresiones o en los casos de la clásica, y ya desdibujada, figura de la corrupción de menores)⁴⁴⁸.

Precisamente por ello despliega sus efectos la **protección de la indemnidad sexual**⁴⁴⁹, esto es, la tutela del libre desarrollo de la personalidad sexual, protegiéndose al menor de interacciones ajenas ese cauce de evolución, con una sanción penal cualificada, atendiendo al mayor desvalor, no solo de la acción, sino esencialmente, del resultado lesivo.

Muy recientemente, se justifica más aún si cabe la protección autorreflexiva de la libertad sexual positiva autorreflexiva, cuando se ha aprobado la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, al ofrecer dicha norma un reconocimiento a la libertad del menor para poder mutar de género – transexualidad e intersexualidad– durante la infancia y adolescencia, con efectos para el ordenamiento jurídico. En concreto, sintéticamente, se reconoce el derecho de todos los menores (con independencia de su edad) para poder modificar su nombre en el DNI para adecuarlo a su identidad de género⁴⁵⁰; así como la facultad, a partir de los 12 años, para poder solicitar un cambio de sexo

⁴⁴⁸ V. NIEVA SERRANO, P. y CLIMENT CLEMENTE, M. T. (2022). Trauma relacional en la infancia. El impacto de la violencia en las niñas y en los niños. *Aperturas Psicoanalíticas- Sociedad Forum de Psicoterapia Psicoanalítica*, 69, pp. 1-23; y anteriormente, en FELITTI, V. J. y ANDA, R. F. (2010). The relationship of adverse childhood experiences to adult medical disease, psychiatric disorders and sexual behavior: Implications for healthcare. En R. LANIUS y E. VERMETTEN (Eds.), *The impact of early life trauma on health and disease: The hidden epidemic* (pp. 77-87). Cambridge University Press; AINSWORTH, M. (1978). Patterns of attachment: A psychological study of the strange situation. Erlbaum; HERMAN, J. (1998). Trauma y recuperación. Cómo superar las consecuencias de la violencia. Espasa.

⁴⁴⁹ Véase, en este sentido, en BOLDOVA PASAMAR (2016), *Op.cit supra*, p. 193.

⁴⁵⁰ Elevándose a la categoría de disposición legal lo que, hasta la fecha, constituía una mera Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy denominada, desde 2020, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), de fecha 23 de octubre de 2018, publicada en BOE nº 257, de 24 de octubre de 2018.

legalmente –con intervención judicial, hasta los 14–. De 14 a 16 años, se requerirá asistencia de los padres o tutores; y desde los 16 años, se podrá efectuar sin necesidad de asistencia alguna, aunque en todos los casos, con un periodo de reflexión (art. 43).

Así pues, si un menor con 12 años puede manifestar un autorreconocimiento de la discrepancia de su sexo biológico (hombre y mujer) respecto del género en el que se identifica, con efectos para el Ordenamiento jurídico, entendemos que sostener la indemnidad sexual en los mismos términos que se han enunciado hasta el momento disiente notablemente de la evolución conceptual hacia la que transita nuestro ordenamiento, en pos del reconocimiento y tutela de estas mutaciones de la identidad de género, que no dejan de ser el reflejo de determinaciones autorreflexivas de la sexualidad en desarrollo⁴⁵¹.

Ahora bien, ello tampoco autoriza a prescindir de tal concepto, sino que entendemos necesario advertir una reconfiguración y adaptación a la evolución experimentada. La perspectiva que se pretende imponer es la manifestación, en todo caso, de una libertad sexual del menor, en la medida que el género es un elemento que constituye no solo una forma de autoconcepción, sino un presupuesto para la interacción con terceros (incluso también cuando se reconoce

⁴⁵¹ Cuestión diversa es la conveniencia de que, precisamente en ese marco cronológico, el menor pueda adoptar decisiones de una gran trascendencia y difícil reversibilidad, que pueden marcar de una manera permanente su forma de autoconcebirse y de conducir sus relaciones con la comunidad en la que se integra. De ahí la existencia de voces muy críticas, como los recientes planteamientos a nivel internacional de autoras de calado en este ámbito, como SHRIER, A. (2021). *Un daño irreversible: La locura transgénero que seduce a nuestras hijas*. Deusto, quien explica el auge de la transexualidad en algunos entornos como un fenómeno de “contagio”, a partir del análisis casuístico en ciertos entornos y la ponderación de estudios cuantitativos al efecto, como el de ; y también MASSON, C. y ELIACHEFF, C. (2022). *La fábrica de los niños transgénero: cómo proteger a nuestros menores de la moda trans*. Deusto

una persona como no binaria, aun cuando el Proyecto de Ley no ha contemplado esta opción).

La indemnidad sexual implica, en esencia, el reconocimiento de una incapacidad o inmadurez del menor en la esfera sexual, que impide que se pueda reconocer autonomía a los mismos en este ámbito, en tanto que reside un interés superior digno de tutela que se puede identificar con la preservación, respecto del menor, en su proceso madurativo sexual, frente a las interacciones con terceros, encontrándose la excepción precisamente en la cláusula del art. 183 bis CP.

No es incompatible el hecho de que el menor sea capaz para determinarse en cuanto a la autoconcepción de su género (desde la infancia, incluso, si llega a entrar en vigor la norma proyectada), frente a la limitación para la proyección interactiva, donde se castiga abstractamente al sujeto que desarrolle actos de naturaleza sexual con un menor de 16 años. Precisamente, es coherente con la diferencia entre la libertad sexual de proyección autorreflexiva, frente a la libertad sexual de proyección interactiva.

2.1.2 La libertad sexual positiva de proyección interactiva. La libertad sexual no solo conlleva la aptitud del individuo para poder desarrollar, de manera autónoma y autorreflexiva, prácticas sexuales; sino para poder incidir en esta área a través de interacciones con otros individuos, en una búsqueda recíproca de satisfacción sexual.

En este ámbito, entronca la edad de consentimiento sexual⁴⁵², como un límite objetivo de naturaleza cronológica, fijado por el legislador, por debajo del cual, las prácticas sexuales interactivas no están permitidas, con sanción para el sujeto que interactúe con el menor de dicha edad -no así para el propio menor, para quien la conducta es absolutamente impune, en relación con el menor por tener más de 14 años pudiera tener responsabilidad penal-.

En todo caso, aun a riesgo de reiterarnos, debemos enfatizar cómo el menor de la edad de consentimiento sexual no es un ser asexual, ni asexuado ni ajeno al desarrollo de su propia sexualidad (máxime, con la fijación actual en 16 años, cuando se sobrepasa la pubertad biológica ampliamente), sino que solo se establece una limitación a la interacción. En este punto, el art. 183 bis CP constituye una “concepto jurídico válvula”, dando una salida a una realidad sociológica incuestionable, como es la asincronía entre esa edad de 16 años, frente a los hábitos sociológicos de los menores en materia sexual en España, que están lejos del puritanismo del legislador orgánico.

3. Libertad sexual negativa

De manera complementaria a la noción positiva de la libertad sexual, ésta puede concebirse también en una **faceta negativa**⁴⁵³, entendiéndose como la

⁴⁵² Analizaremos lo correspondiente a la edad de consentimiento sexual en España, y en el marco comparado, en el análisis de la clausula del art. 183 quater CP, cuando establece la similitud en edad, como factor preponderante de la atipicidad/excusa absolutoria -veremos qué opción prepondera-, en la Parte III de esta tesis.

⁴⁵³ V. DÍEZ RIPOLLÉS (2000), *op.cit.*, p. 220. También se le denomina, a la libertad sexual negativa, como “estática”, por ORTS BERENGUER, E. (1995). *Delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch, p. 24, con la misma significación.

facultad de un sujeto para rechazar o no involucrarse en una conducta sexual no deseada o querida.

Esta potestad no es patrimonio exclusivo de los sujetos que rebasan la edad de consentimiento sexual sino que se predica de todas las personas desde que tienen una capacidad natural de comprender el sentido sexual de los actos. Lo que sucede es que el consentimiento, hasta la citada edad de autodeterminación sexual resulta irrelevante en lo que al sujeto activo se refiere a los efectos de excluir su responsabilidad criminal; salvando, por supuesto, el caso de la proximidad de edad y grado de desarrollo o madurez físico y psicológico, factores que vamos a analizar en este trabajo de una manera particular, al constituir una “vía de fuga” de la aplicación del Derecho Penal a relaciones o conductas sexuales entre sujetos de quienes se predique dicha situación, bien sea entendido por la exclusión de la tipicidad de la conducta, bien sea concebido como una excusa absolutoria.

Se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, nº 476/2006, de 2 de Mayo (ECLI ES:TS:2006:2578) que *“la libertad sexual, como bien jurídico protegido, se concreta en dos aspectos: uno dinámico y positivo, que se refiere al libre ejercicio de la libertad sexual, sin más limitaciones que las que se deriven del respeto a la libertad ajena, y otro, estático y negativo, que se integra por el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual y, especialmente, por el derecho a repeler las agresiones sexuales a terceros”*⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ Posteriormente, en este mismo sentido, STS, Sala II, nº 227/2021, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1914), FJ 3º.

Apunta GÓMEZ TOMILLO (2010, p. 708)⁴⁵⁵ que, en su opinión, solo esta última faceta encuentra el amparo jurídico-penal. Coincidimos con el autor referido en que la libertad sexual positiva no puede ser contemplada como un objeto de directa protección del Derecho Penal, en cuanto a que se trata de una libertad negativa, en la que existe un deber general de abstención (de cualquier sujeto ajeno al individuo considerado, o a con quien aquel se relacione voluntariamente, incluido, por supuesto, los poderes públicos). Se trata, en todo caso, de una suerte de manifestación negativa del derecho al libre desarrollo de la personalidad humana (art. 10.1 CE), aspecto conectado con otros elementos de tutela constitucional, como la dignidad de la persona (art. 4 CE), y la integridad física y moral del individuo (art. 15 CE).

En ese marco el Derecho Penal no puede ni debe aspirar a establecer parámetros de conducta de expresión de la sexualidad humana, que no vengan estrictamente dirigidos a preservar, precisamente con su intervención, la faceta negativa de la libertad sexual; es decir, a tratar de evitar que una injerencia no deseada ni consentida, en los términos previstos en la Ley, pueda lesionar tal esfera del sujeto pasivo.

Como señala Díez RIPOLLÉS (1985, p. 29)⁴⁵⁶ “lo que se protege no es la facultad subjetiva de la persona de ejercer la libertad sexual que ya posee, sino el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad”, añadiendo que “se protege, en primer lugar, prohibiendo todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar insertas en

⁴⁵⁵ V. GÓMEZ TOMILLO, M. (2010). *Comentarios al Código Penal (1a)*. Lex Nova.

⁴⁵⁶ EN Díez RIPOLLÉS, J. L. (1985). *La protección de la libertad sexual* (1.^a ed.). Bosch.

una situación carente de libertad; en segundo lugar, prohibiendo conductas sexuales que crean situaciones de imposible ejercicio de la libertad sexual”.

4. La indemnidad sexual como bien jurídico

Resta por hacer una recapitulación del segundo concepto fundamental de la protección penal de la esfera sexual, debemos profundizar algunas cuestiones entorno a la **indemnidad sexual**.

Advierte DÍEZ RIPOLLÉS (2000, p. 232)⁴⁵⁷ que sobre el concepto en cuestión no ha existido acuerdo históricamente en la doctrina⁴⁵⁸. COBO DEL ROSAL (1983, p. 402)⁴⁵⁹ vino a perfilar el concepto de indemnidad sexual como un sustitutivo del concepto de “intangibilidad sexual”, aspecto apoyado por un sector relevante de nuestra doctrina, que trata ambos elementos como sinónimos⁴⁶⁰. DÍEZ RIPOLLÉS (1985, p. 25)⁴⁶¹, recapitulando la más conspicua doctrina española e italiana, refiere que se parte, en el concepto de la intangibilidad sexual expuesto, de la hipótesis de que, respecto de ciertos delitos sexuales, no se puede afirmar que protejan la libertad sexual del individuo, bien por carencia de esta o por la irrelevancia de su consentimiento, si es que tuviera capacidad suficiente.

⁴⁵⁷ *Op. cit.* n. 105.

⁴⁵⁸ En ese sentido, la doctrina mayoritariamente coincide en la inexistencia de una univocidad de criterio a la hora de abordar el concepto. Así lo señala GÓMEZ TOMILLO (*op.cit.* n. 130, 708); DÍEZ RIPOLLÉS (*op.cit.* n. 111, 232), quien, a su vez, refiere a otros autores, como CUERDA ARNAU, M. L. (1997). Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 7, 216.

⁴⁵⁹ COBO DEL ROSAL, M. (1983). El delito de rapto. En *Comentarios a la Legislación penal* (Vol. 2, p. 402). Edersa.

⁴⁶⁰ *Cfr.* n. 186 de esta parte de la tesis.

⁴⁶¹ *Op. cit.* n. 107.

Sobre tal postulado discrepa, al entender que no se puede presumir la oposición a la realización del acto sexual por parte de los sujetos pasivos que carecen de capacidad para prestar el consentimiento sexual válidamente; en tanto que ello, vendría a suponer un reconocimiento implícito de libertad sexual positiva.

Por ello, no apoyamos la opción de identificar indemnidad sexual con “intangibilidad sexual” en la medida que se niega una esfera de libertad a los menores que actualmente no se corresponde con la regulación del Código Penal, que da por buenas determinadas conductas sexuales incluso respecto de menores de 16 años.

La relación entre libertad sexual e indemnidad sexual, a nuestro juicio, se puede leer en la complementación de dos conceptos independientes que el legislador ha pretendido realizar para enfatizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad sexual (es decir, una manifestación más de la libertad sexual).

En ese sentido, se podría considerar que la indemnidad sexual, como concepto autónomo, pero no necesariamente prescindible a nuestro juicio, en la medida que, de ser suprimido, la tutela libertad sexual no resulta satisfactoria, a nuestro juicio, para explicar adecuadamente los supuestos en los que un menor de 16 años desea y busca un contacto sexual con un mayor de edad, con el que guardara por ejemplo una diferencia de 30 o 40 años, y tal evento se produjere.

El sujeto activo no efectúa un ataque contra la libertad del pasivo, sino frente a las bases en que se funda el desarrollo de tal libertad, es decir, el

desarrollo de la personalidad sexual aun inmadura del menor o adolescente, protegiéndose además con la indemnidad sexual que la evolución de tal faceta de la personalidad del menor no se vea negativamente afectado por la interacción sexual (aunque sea “deseada”).

Así, cabe reiterar que el Código censura las relaciones con adultos por parte de menores, no tanto porque las mismas no puedan ser hipotética expresión de libertad (de hecho, se les reconoce a los menores de 16 años de edad un ámbito de libertad sexual positiva de proyección interactiva en el ámbito del art. 183 bis CP) ni siquiera porque se asuma que el menor no puede formar una voluntad – aun de asentimiento– en sentido de capacidad natural, sino porque su falta de completa madurez y equilibrio emocional –que el legislador presumirá *iuris tantum*, porque debe hacerlo, llegada la mayoría de edad– conduce a que tales intercambios sexuales deban ser censurados, respecto del adulto con el que se desarrollen, puesto que afectan o intervienen en el desarrollo sexual libre de injerencias, cuando no concurre una relación como experiencia realmente compartida.

Que la afección derivada de la interacción sexual adulto-menor siempre será negativa, por otra parte, es algo que se presume *iuris et de iure* por nuestro legislador penal, salvo que medien las condiciones de la cláusula del art. 183 bis CP. Tal postura atiende a cuestiones de carácter científico⁴⁶², pero también de moral social dominante, que fundamentalmente ha centrado sus argumentos

⁴⁶² V. LEVINE, E. C.; MARTINEZ, O.; MATTERA, B., *et alii* (2017). Child Sexual Abuse and Adult Mental Health, Sexual Risk Behaviors, and Drinking Patterns Among Latino Men Who Have Sex With Men. *Journal of Child Sexual Abuse*, 27(3), 237-253. <https://doi.org/10.1080/10538712.2017.134388>; MULLEN, P. E., MARTIN, J. L. y ANDERSON, J. C. (1993). Childhood Sexual Abuse and Mental Health in Adult Life. *British Journal of Psychiatry*, 163(6), 721-732. <https://doi.org/10.1192/bjp.163.6.721>

contrarios a las relaciones sexuales entre adultos y menores en los siguientes términos:

- i) El primero, la ausencia de consentimiento del menor. Sobre esta cuestión cabe oponer en el plano ético el concepto de asentimiento, como suscita de forma muy interesante MALÓN MARCO (2016, pp. 129-135)⁴⁶³, consistente en una formula mediante la que el menor accede a la interacción sexual o incluso, la propicia, desde su capacidad natural. Cuestión distinta es que tal disquisición tenga una relevancia jurídico penal o no trascienda a tal ámbito, como es el caso del ordenamiento español en esta materia. No existe inconveniente en poder admitir, en el plano intelectual y fáctico, que un menor consienta mantener relaciones con un adulto y que esa voluntad incluso pudiera estar constituida o formada, no solo de una manera libre, sino que podría llegar a ser válida, en caso de que en el otro integrante de la interacción sexual se dieran las condiciones del art. 183 bis CP. Es decir, el consentimiento o el asentimiento sexual del menor de 16 años para mantener una relación sexual con otro menor, frente al mismo consentimiento para mantenerla con un adulto con mayor diferencia de edad, no tiene por qué ser necesariamente distinto en cuanto a la naturaleza ni a la motivación que justifique su prestación.

⁴⁶³ Vid. MALÓN MARCO, A. (2016). *Ética Sexual Contemporánea Aspectos Pedagógicos y Límites*. Editorial Tirant Lo Blanch, pp.129-13

- ii) La negación axiomática, a nuestro juicio por una cuestión de moralismo –que no moralidad– de que el menor pueda ser quien propicie la relación sexual con el adulto⁴⁶⁴. Esto parece admisible, sin que sea justificante ni exculpante en forma alguna respecto del adulto con el que el menor trata o consigue interactuar sexualmente. Como señala el autor antes referido, asumir tal posibilidad lleva a algunas personas a una encrucijada moral, porque lo consideran “culpabilizar”⁴⁶⁵ al menor, cuando no se trata de ello, sino de explicar adecuadamente la realidad, o mejor aun, las diversas realidades poliédricas que aparecen en las relaciones sexuales humanas.

No nos resulta convincente que en el plano fáctico se presuma que sea el menor quien siempre adopte una actitud pasiva hacia la interacción sexual con el adulto. Aun cuando ello no será relevante penalmente para el castigo al adulto infractor de la ley penal, sí lo es en otros planos, desde el criminológico hasta la valoración ético-moral de las conductas implicadas. Por ello, cabe discernir la iniciativa en el plano fáctico y erótico, con la responsabilidad penal por los hechos desarrollados. Tal disquisición es precisa en tanto que

⁴⁶⁴ Debemos señalar, a este efecto, la relevante aportación de LANNING, K. V. (2005). *Compliant Child Victims: Confronting an Uncomfortable Reality*. En E. QUAYLE y M. TAYLOR (Eds.), *Viewing Child Pornography on the Internet*. Russell House Publishing. http://www.foothillscac.org/uploads/9/9/2/1/9921414/compliant_chap_4_handout_lanning.pdf, cuando hace frente a la desasosegante evidencia de que existe en la casuística de los delitos sexuales la cooperación de muchas víctimas menores de edad, especialmente varones entre 10 y 16 años, en las relaciones sexuales sostenidas con el sujeto activo del delito (a menudo hombres adultos), censurándose por este estudio la negación de la realidad empíricamente acreditada, al ser precisamente nocivo dicho sesgo cognitivo para un adecuado abordaje de la materia, impidiendo en muchas ocasiones una adecuada investigación de los casos, fundada en la expectativa generada por los investigadores en que el menor conduzca su testimonio por ciertos cauces, negándose a la posibilidad de explorar la cooperación o incluso, esto lo añadimos nosotros extrayendo sus conclusiones, la propia iniciativa de la acción sexual.

⁴⁶⁵ *Op. cit. supra*, p. 133.

los sujetos activos de los delitos sexuales contra menores de 16 años (generalmente, adultos) son responsables de sus actos, con independencia de la actuación del menor, con arreglo a la superación de la subsunción de sus conductas a través de los juicios valorativos correspondientes a la teoría jurídica del delito (es decir, valorándose la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de las conductas desarrolladas por éstos). Ahora bien, sin quebrar tal fundamento, negar que en el plano de los hechos el menor puede tomar una postura proactiva nos resulta difícilmente cuestionable.

- iii) La imposibilidad del menor para consentir radica, desde el plano ético, en los más limitados recursos cognitivos y emocionales, fruto de su menor experiencia vital, para la asunción de la trascendencia de la relación o interacción sexuales en los planos afectivos y de desarrollo de su personalidad sexual⁴⁶⁶.

Entendemos que el libre desarrollo de la personalidad sexual (lo que hoy concebimos como indemnidad sexual⁴⁶⁷), es un elemento derivado del propio concepto de libertad sexual, que ha dado lugar a que se acuñe por nuestro ordenamiento la locución “indemnidad sexual” para referirse a una realidad diversa de la libertad sexual, no abarcada plena y satisfactoriamente por tal

⁴⁶⁶ V. MALÓN MARCO, A. (2016), *op. cit.* n. 97, p. 149.

⁴⁶⁷ Este criterio es compartido, en cuanto a su esencia y significación, por un sector doctrinal relevante, por todos BOLDOVA PASAMAR, M.A. (2016, *Op.cit.* N. 121, p.193-194); DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2000, *Op.cit.* N. 111, p. 232 y ss.); DE LA MATA BARRANCO, N. J. (2019). Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-20.pdf>.

concepto (sin riesgo de una definición tan excesivamente amplia, a nuestro juicio, que desdibuje los contornos adecuados de la misma).

La justificación de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido, con autonomía frente a la libertad sexual, se ha sustanciado esencialmente en la falta de capacidad de los menores (en su momento, de 13 años; hoy, de 16 años), para poder prestar válidamente el consentimiento sexual, lo que determina una necesidad tuitiva reforzada.

Ahora bien, el propio sistema, introduce una cláusula de atipicidad del art. 183 bis CP, basada en el consentimiento. Ciertamente, de LUZÓN PEÑA (2016, p. 117)⁴⁶⁸ extrae que la relevancia del consentimiento, a los efectos de exclusión de la responsabilidad criminal, debe negarse en los casos de bienes jurídicos que son indisponibles. La indemnidad sexual es, por esencia, uno de ellos. Ahora bien, de la conjugación de la indemnidad sexual –esencialmente indisponible– y la libertad sexual del menor en su faceta positiva –que el art. 183 bis CP canaliza por el cauce de la licitud, en el marco del desarrollo sexual interactivo entre próximos en edad y desarrollo o madurez–, resulta a nuestro juicio un sistema coherente y sin contradicciones aparentes.

Es decir, por una parte y recapitulando, se reconoce a los menores de 16 años: libertad sexual negativa (es decir, capacidad de rechazo de conductas sexuales indeseadas, derivada de su propia capacidad natural), positiva de protección autónoma (también ligada a su propio desarrollo de la personalidad,

⁴⁶⁸ LUZÓN PEÑA, D. M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (3ª ed.). Editorial Tirant lo Blanch.

desde la infancia, en la autoexploración y en la configuración de su identidad y orientación sexual) y de protección interactiva (libertad sexual positiva con próximos en edad y desarrollo o madurez físico-psicológica). La indemnidad no se excluye, sino que se reconfigura a la protección, fuera del ámbito de la excepción (aplicación de la cláusula del art. 183 bis CP) para los casos de interacciones sexuales con menores de 16 años sin que se reúnan los requisitos para dar validez a ese consentimiento.

Si la indemnidad es un elemento que predicamos generalmente indisponible, reconocer un ámbito de relevancia al consentimiento de quien no puede consentir, nos conduce a una disyuntiva: o bien la indemnidad sexual es un bien parcialmente disponible por el sujeto titular -lo que nos resulta aberrante a su naturaleza-; o bien se hace preciso reconfigurar la comprensión del bien jurídico de la indemnidad sexual, en la medida se propone por nuestra parte como la solución más satisfactoria. Tal opción permite explicar adecuadamente el sentido de la intervención del Derecho Penal en aquellos casos conflictivos en los que un hipotético sujeto de una edad elevada dentro del marco de los 0-16 años (véase, con 15, por ejemplo), desea y conoce adecuadamente los efectos de una interacción con una persona con una diferencia de edad considerable, pongamos que 30-40 años de lapso.

En ese marco, la indemnidad sexual aparece como un bien que se hace prevalecer frente a la libertad de decisión y voluntad del menor, castigándose al *partenaire*, bajo criterios de moral sexual dominante que, en otro orden, además de ser socialmente mayoritarios, como hemos ya referido, son coherentes con la adecuada protección evolutiva de la personalidad sexual del adolescente.

Aspecto distinto, debemos también señalar, es que nos mostremos conformes con la elevación de la edad de consentimiento, que no es el caso. Ahora bien, podemos discernir entre una interpretación adecuada del texto de *lege lata* y las propuestas de mejora que, de *lege ferenda*, vamos a sugerir en ulteriores momentos de esta investigación.

5. La “moral sexual colectiva”: ¿bien jurídico protegido?

A la hora de explicar la regulación de la protección penal de los bienes jurídicos de la “libertad e indemnidad sexuales”, y antes de ello, del extinto concepto “honestidad sexual”, resulta imprescindible una referencia particular al concepto de la “moral sexual colectiva” y su influencia en el Derecho Penal.

En un intento de definición por nuestra parte, podríamos apuntar que la “moral sexual colectiva” puede entenderse como “el conjunto de postulados socialmente aceptados como dominantes, o mayoritariamente valorados de manera favorable, que sirven como parámetro para la apreciación o reproche de las conductas con trascendencia en el plano sexual, efectuadas por los integrantes de una sociedad, tanto en razón con su propia forma de experimentar y vivir su sexualidad –faceta autónoma o autorreflexiva–, como en su proyección relacional humana –faceta interactiva–”.

Respecto de la moral sexual, resulta inabarcable su abordaje dogmático, en la medida que ha sido un concepto analizado desde diversos planos del conocimiento. Desde el psicoanálisis, Freud (1908), con su paradigmático artículo “La moral sexual ‘cultural’ y la nerviosidad moderna”, en el que viene a concebir que

la moral sexual constituye un freno para el libre desarrollo de la personalidad sexual, lo que conduce, a la postre, a la frustración del individuo y se erige en factor psicopatologizante; hasta la teología moral⁴⁶⁹, en la que todas las religiones han tratado de imponer unos cánones de comportamiento “adecuado”⁴⁷⁰ para sus seguidores a unas máximas, generalmente, de rechazo –o de postergación, al menos– de las interacciones sexuales en su finalidad relacional o cultural, enfatizándose en la misión procreadora en el seno del vínculo matrimonial, constituido esencialmente por una relación de exclusividad sexual⁴⁷¹. El ser humano es esencialmente, no solo un ser social, sino un ser sexuado y con una proyección sexual, que la encauza en el ámbito relacional en que se desarrolla⁴⁷².

Señala POLAINO NAVARRETE (1975, p. 18)⁴⁷³ que históricamente, “las pautas morales inspiradoras de la Ética social son, con frecuencia, invocadas como criterios seguros para justificar la toma de posición axiológica del juicio de desvalor pronunciado por el legislador penal”. JESCHECK (1954, pp. 646-649)⁴⁷⁴ apuntó por su parte a la íntima relación entre Derecho y Moral, no tanto por una

⁴⁶⁹ De especial interés, el estudio de MASIÁ CLAVEL, J. (2019). Antropología de la sexualidad y teología moral. Una perspectiva feminista. *Estudios Eclesiásticos. Revista De investigación E información teológica Y canónica*, 73(284), 43-60. Recuperado a partir de <https://revistas.comillas.edu/index.php/estudioseseclesiasticos/article/view/11828>.

⁴⁷⁰ V. MORAL DE LA RUBIA, J. (2010). Religión, significados y actitudes hacia la sexualidad: un enfoque psicosocial. *Revista Colombiana de Psicología*, 19(1), 45-59. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3641295.pdf>

⁴⁷¹ Sobre la relación entre sexualidad y la vivencia religiosa, v. DERVILLE, T. (2016, 7 agosto). Sexo y fidelidad. <https://www.religionenlibertad.com>. <https://www.religionenlibertad.com/opinion/51276/sexo-fidelidad.html>

⁴⁷² En su estudio monográfico, MALÓN MARCO, A. (2016). *Ética Sexual Contemporánea Aspectos Pedagógicos y Límites*. Editorial Tirant Lo Blanch, analiza con profundidad los fundamentos teóricos de la moral sexual y su influencia en las conceptualizaciones actuales en la regulación de ciertos aspectos, especialmente, entorno a las experiencias sexuales en relación con menores y su consentimiento sexual.

⁴⁷³ V. POLAINO NAVARRETE, M. (1975). *Introducción a los delitos contra la honestidad*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

⁴⁷⁴ V. JESCHECK, H. H. (1954). Zur Frage der Kuppelei gegenüber Verlobten. *MDR*, 8, 645-649.

cuestión de planteamiento teórico o conceptualización de la norma, y de praxis en su aplicación, como también lo hizo PETERS (1954, p. 96-99)⁴⁷⁵. En particular relación con la materia que nos atañe, y la relación entre moral sexual, honestidad y libertad sexual, FRANZHEIM (1962, p. 142)⁴⁷⁶ tuvo ocasión de atender a la diferenciación entre una ética de carácter personal o individual frente a las concepciones ético-sociales en relación con diversas esferas de la realidad, con especial énfasis en la honestidad sexual, como paradigma de la expresión de los valores morales sexuales del momento.

Sin poder alcanzar, por razón de nuestro objeto, una profundización sobre los fundamentos técnicos de las categorías en que se sustentan las valoraciones y construcciones morales, puesto que excede de nuestro conocimiento, sí debemos hacernos eco de la notable influencia de los criterios de moral sexual en la regulación penal. Se trata de una cuestión sobre la que existe una práctica unanimidad en la doctrina, respecto de su presencia, con fuerte crítica hacia su creciente influencia⁴⁷⁷, tras haberse logrado con la primera versión del Código de 1995 una cierta depuración de tales influjos.

⁴⁷⁵ V. PETERS, K. (1954). Kuppelei bei Verlobten. *Zeitschrift Für Das Gesamte Familienrecht*.

⁴⁷⁶ V. FRANZHEIM, H. (1962). Zur strafrechtlichen Relevanz von Individual-und Sozialethik Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Tatbestandes der Kuppelei. *Goltdammer's Archiv Für Strafrecht*.

⁴⁷⁷ A mero título ilustrativo, ante la imposibilidad de poder relacionar todos los autores que se han pronunciado, sirva la referencia a las reflexiones de DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1985). *La protección de la libertad sexual* (1.ª ed.). Bosch, pp. 17 y ss.; MORALES PRATS, F. Y GARCÍA ALBERO, R. (2008). *Comentarios al Código Penal*. Aranzadi, p. 1274; FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2014). Trabajo sexual y trata de seres humanos a la luz del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. *Revista General de Derecho Penal*, 22. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8ynumero=22; GARCÍA ALBERO, R. M. (2015). Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito. En C. VILLACAMPA ESTIARTE y T. AGUADO CORREA (Coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección* (pp. 281-302). Aranzadi, pp. 284-291; TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (2ª, pp. 193-227). Iustel; BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2022a). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M.A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2.ª ed., pp. 199-220). Editorial Comares; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (2022). Análisis interpretativo y

En relación con lo anterior, cabría plantearse actualmente si existe una “moral sexual colectiva” mayoritaria, a la luz de la evolución del debate social sobre la regulación de la intervención del Derecho Penal en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Mientras que, tradicionalmente, era bastante plausible apuntar la existencia de una corriente mayoritaria –dominante– ligada con una moral católica, en el marco de una sociedad española fuertemente influida por la confesionalidad de Estado y la relación intensa entre la Iglesia Católica y el régimen franquista⁴⁷⁸; la actualidad resulta más difícil identificar una moral hegemónica. Más bien, estamos presenciando una pugna entre diferentes corrientes ideológicas que, a través de los instrumentos legislativos, están tratando de imponer sus modelos de comportamiento sexual aceptable, y en consecuencia, “troquelando” la sociedad a través del Derecho Penal⁴⁷⁹.

Sirva la mera referencia a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía de la Libertad Sexual, a la que dedicaremos oportunamente una valoración, pero de que anticipamos que se muestra como un paradigma de la preponderancia de una serie de máximas que no responden, precisamente, a una moral sexual colectiva, sino particular, de ciertos sectores sociales que,

evolución legislativa del tipo pena de pornografía infantil (art. 189 CP). En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS y P. ESQUINAS VALVERDE (Dirs.); M. A. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 683-715). Aranzadi, p. 708.

⁴⁷⁸ V. CERÓN TORREBLANCA, C. (2009). Las relaciones Iglesia-Estado en Málaga durante el franquismo (1936-1975). *BAETICA: Estudios de Arte, Geografía e Historia*, 31.

⁴⁷⁹ Cfr. N.s 17 y 153 de esta tesis. A tal efecto, las aportaciones de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2019), entorno al problema del Derecho Penal sexual y los lobbies de presión, en los que se perfila la legislación penal en función de los intereses –y, en consecuencia, de los postulados morales colectivamente asumidos o ambicionados por sus integrantes– de ciertos grupos de presión.

instrumentalizando los cauces legislativos, han tratado y conseguido imponer un modelo de intervención del Derecho Penal en materia de delitos sexuales que presenta una influencia destacada de cuestiones alejadas de una valoración objetiva de la tutela del bien jurídico, como la incomprensible equiparación efectuada en el seno del delito de agresión sexual entre los actos cometidos con y sin violencia o intimidación, a los efectos de su reprensión penal; o el sorprendente resultado de la mayor sanción al atentado contra la libertad sexual mediando una sumisión química, frente al cometido con violencia, entre otros aspectos.

A la par, aunque no de *lege lata*, cabe hacer una referencia necesaria a la tramitación, durante la conclusión de esta tesis doctoral, de una Proposición de Ley que pretende, entre otros aspectos, castigar penalmente tanto el proxenetismo no coercitivo en todas sus manifestaciones, la tercería locativa e incluso, al cliente de la prostitución. Todo ello, nuevamente, desde una concepción de ciertos sectores sociales que han realizado notorios esfuerzos para presentar dos realidades, a nuestro juicio, notablemente diferenciables, como son la trata y la prostitución, como las dos caras de una misma moneda.

Cabe plantearse en qué medida la sanción penal del cliente de la prostitución, o de un tercero locativo, se justifica en la protección de la libertad sexual de la persona que se prostituye. A nuestro juicio, difícilmente puede predicarse, en línea de principio, que la prostitución implica siempre y en todo caso, una situación de privación de libertad de la persona que la ejerce. Por el contrario, tal consideración, o tal presunción, sobre la que se construye la norma que se pretende implementar, se sustancia en valoraciones morales que no

constituyen elementos objetivos ni contrastables con carácter general⁴⁸⁰, y que por tanto, no debieran sustentar una nueva modificación de la legislación penal.

⁴⁸⁰ A este efecto, v. LLOBET ANGLÍ, M. (2017). ¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de lege lata y desaciertos de lege ferenda. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-19.pdf> y, de la misma autora (2020) ¿El fin de la prostitución acabará con la trata? *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, 4, 90-112. <https://doi.org/10.46661/relies.4973>, por las interesantes disquisiciones efectuadas en atención a deslindar los fenómenos de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual frente a la prostitución, cuando ésta es libremente ejercida como un trabajo sexual. Precisamente sobre esta cuestión estriba el principal foco controversial, puesto que un sector dominante en los movimientos feministas actuales postula la inadmisibilidad del reconocimiento de la libertad de la mujer para poder elegir su dedicación a las prácticas sexuales a cambio de un estipendio. Se considera que tal cuestión atenta contra la dignidad de la mujer, y que afecta, por ende, al colectivo (en una muestra del carácter identitario de los planteamientos más destacados en la actualidad). A tal efecto, cita la autora a BARRY, K. (1992). *The Penn State Report. International Meeting of Experts on Sexual Exploitation, Violence and Prostitution*. UNESCO. Recuperado 31 de enero de 2023, de <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000913/091355mb.pdf>, cuando señala que “al reducir a las mujeres a un bien que es posible comprar, vender, dominar, intercambiar o adquirir, la prostitución afecta a la mujer en su conjunto, afianzando la idea de que la mujer es un objeto, rebajando su condición humana y consolidando la inferioridad de la condición femenina en todo el mundo”

CAPITULO II.- CARACTERIZACIONES ATRIBUIDAS POR LA DOGMÁTICA PENAL ESPAÑOLA A LA LIBERTAD Y/O INDEMNIDAD SEXUALES COMO BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

1. Planteamiento inicial.

El estudio por la doctrina penal española de los bienes jurídicos de la libertad e indemnidad sexuales ha dado lugar a diversas posturas y evolución en su tratamiento, debiéndose destacar a los efectos de valorar el “estado de la cuestión” las siguientes posiciones doctrinales entorno a los conceptos que estamos analizando, diversificando nuestro análisis, a los efectos metodológicos, entre los autores que se han mostrado favorables a una concepción unitaria o “monista” del bien jurídico de la libertad sexual, pasando por los partidarios de una posición “dualista”, admitiendo la libertad sexual y la indemnidad sexual, junto con algunas posturas *sui generis* (que no admiten, a nuestro juicio, categorizarse claramente en ninguna de los anteriores grupos). Por último, expondremos la posición personal del doctorando en relación a esta materia.

2. Posiciones “monistas” en la doctrina contrarias al reconocimiento autónomo de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido. Autores favorables al reconocimiento de un único bien jurídico: la libertad sexual.

2.1 Postura de Díez Ripollés en su trayectoria investigadora sobre esta materia.

En su obra “El Derecho Penal ante el sexo”, DÍEZ RIPOLLÉS (1981, p. 103 y ss.)⁴⁸¹ viene a propugnar que el bien jurídico protegido es un elemento clave, en

⁴⁸¹ V. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1981). *El Derecho Penal ante el sexo*. Bosch

tanto que constituye “el instrumento dogmático con el que se va a realizar la tarea de concretar los presupuestos esenciales para la convivencia plural, de un modo accesible a los mecanismos de protección propios del Derecho Penal”. En este sentido, coherentemente, se expone que el tipo penal requiere ineludiblemente que se castiguen determinadas conductas afectantes a un bien jurídico, efectuando una crítica a los postulados de autores tradicionales (cita a JESCHECK, RODRÍGUEZ DEvesa o WELZEL) y más modernos, como ROXIN o POLAINO NAVARRETE, quienes asumen la posibilidad de desconectar la lesión de un bien jurídico respecto de la existencia de una norma penal.

DÍEZ RIPOLLÉS precisa una serie de cuestiones, que debemos exponer para desarrollar adecuadamente su posición en esta materia:

1º) Sus reflexiones giran entorno a un concepto material de bien jurídico, no formal. Tampoco identifica el bien jurídico con la *ratio legis*.

2º) Sus planteamientos desechan la dicotomía entre bienes jurídicos ideales frente a los bienes “sólidos” o materiales, desde una concepción integradora, atendiendo al “substrato del bien jurídico”⁴⁸², como objetos o situaciones de la realidad social que sufren un proceso de “abstracción y generalización”.

3º) Lo que se protege con los bienes jurídicos son elementos materiales y la interiorización de valores o nociones ideales por parte de la población. En ese

⁴⁸² Con remisión a CEREZO MIR, J. (1976). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Introducción*. Tecnos, p. 12 y a WELZEL, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht* (11.ª ed.). Walter de Gruyter, p. 4

sentido, la “moral sexual” no ha de ser protegida, pero sí que el autor dota de relevancia social a las conductas de los particulares adultos que, aun amparadas en la privacidad y pretendida libertad de acción, puedan afectar a los principios generales de convivencia⁴⁸³.

El mismo autor (2004, p. 221)⁴⁸⁴, concibe la libertad sexual como garantía, no solo de que “toda persona posea la capacidad de autodeterminación sexual”, sino que se aspira a “asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes, o más brevemente, se interviene con la pretensión de que *toda persona ejerza la actividad sexual en libertad*”. Así, asume que la regulación de la libertad sexual presupone una “valoración claramente positiva de la sexualidad”, una de las facetas que está “más intensamente relacionadas con los planteamientos de autorrealización personal de individuo” (cfr. pp. 222-223). En este sentido, no deja de concebirse, en todo caso, como una manifestación de la libertad personal que se ve “autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve”, de manera que los atentados a estas manifestaciones comportan una “peculiar cualidad de injusto que no se captaría adecuadamente dentro de los delitos genéricos contra la libertad personal”.

En efecto, la libertad sexual constituye más que un *plus*, respecto de la libertad personal, un *aliud*, en tanto que aun cuando se relaciona con la misma,

⁴⁸³ *Op.cit. Supra*, p. 114.

⁴⁸⁴ En DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2004). Comentarios al Título VIII. En J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y C. M. ROMEO CASABONA (Coords.), *Comentarios al Código Penal Parte Especial: Vol. II* (pp. 209-269). Tirant lo Blanch.

goza de una esfera autónoma y propia de desarrollo. Asimismo, las peculiares formas comisivas abogan por ese tratamiento particular.

Diferencia DÍEZ RIPOLLÉS los diversos modos de atentado –aun vigentes, en el sistema previo a la LOGILS–, a saber: i) comportamientos “venciendo la voluntad contraria de la víctima, que opone algún tipo de resistencia”, como son las agresiones sexuales con violencia (p. 228); ii) comportamientos que se “realizan contando con un consentimiento viciado de la víctima”, en los que se englobarían los casos de aprovechamientos de la situaciones de superioridad o necesidad de la víctima o de engaño, como en ciertas hipótesis de abuso sexual o la figura del acoso sexual agravado; iii) supuestos de “consentimiento inválido de la víctima”, como el caso de los actos sexuales con menores de la edad de consentimiento o con personas privadas de capacidad natural por virtud de su situación mental; iv) casos de “conductas sexuales sin consentimiento de la víctima”, como en el marco del tipo básico de abusos sexuales; v) conductas que “se realizan sin dar a la víctima oportunidad de manifestar su voluntad”, como los abusos sobre personas privadas de sentido o las conductas sorprendidas.

Frente a la libertad, la indemnidad sexual se concibe para DÍEZ RIPOLLÉS (p. 234-235) como desarrollo de la personalidad sexual libre o en condiciones de libertad. En este sentido, históricamente indemnidad ha venido a identificarse con intangibilidad sexual; sin embargo, no basta con una “no interferencia” para garantizar la indemnidad sexual, puesto que como bien señala este autor, ello implica la necesidad de valoración de influencias “inadecuadas”, que imprimen necesariamente un juicio de ponderación sobre las conductas sexuales calificadas como “socialmente correctas” frente a las que no gozan de tal consideración. En

el marco de un Derecho Penal sexual moderno, donde ha de tutelarse esencialmente la garantía de “un ejercicio de la sexualidad en libertad”⁴⁸⁵, para el citado autor se concluye en que este bien jurídico es “innecesario y superfluo”⁴⁸⁶, en tanto que pueden ser perfectamente abarcados por la tutela penal de la libertad sexual los supuestos de prohibición de conductas sexuales en las que se imposibilite el libre ejercicio de tal elemento, sea por que intrínsecamente el sujeto carece de capacidad para ello, sea porque aun poseyéndola y siendo capaz para ejercerla, se atente contra la esfera negativa o positiva de la misma.

En todo caso, no podemos dejar de significar la trascendencia de la obra de este autor para la actual comprensión de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Fijar estos postulados al inicio de los años 80, objetivamente, supuso una auténtica vanguardia, en clave de formulación de una exégesis de la función de tutela de esta esfera de la libertad por el Derecho Penal, alejada de las concepciones moralistas y moralizantes que, hasta el momento, eran preponderantes. Es tan relevante la aportación que actualmente sigue siendo perfectamente vigente en sus planteamientos y constituye un basamento dogmático no superado por otros postulados.

Ciertamente, compartimos la crítica de lo que DÍEZ RIPOLLÉS llama “integridad sexual”, cuando denuncia que el Código Penal se pretende erigir en una suerte de custodio de la virtud del menor y señala que se deja atrás “una

⁴⁸⁵ Cfr. *op.cit.* n. 147, p. 28.

⁴⁸⁶ Cfr. *op.cit.* n. 147, p. 29, siendo un planteamiento al que nos adherimos en esta Tesis y que cobra, a nuestro juicio, especial significación en el marco del actual planteamiento del art. 183 bis del Código Penal, que desdibuja más aun si cabe la pretendida “necesidad” de una protección de la indemnidad sexual, cuando se dota de significación en clave de causa de atipicidad al consentimiento otorgado, en ciertas condiciones, por el que, generalmente, carece de capacidad para consentir.

concepción positiva del ejercicio libre de la sexualidad, a favor de otra mojigata y prejuiciosa en la que los menores desempeñan el papel de víctimas propiciatorias”⁴⁸⁷.

Por ello, el autor concluye con la idea de que, desde una concepción amplia de la libertad sexual⁴⁸⁸, concebida también como derecho al ejercicio de una actividad sexual en libertad, puede colmarse la explicación para la tutela penal de los delitos del actual Título VIII, sin que exista necesidad de acudir a un criterio de “indemnidad sexual” como bien suplementario. De tal manera, el citado autor le niega su sustantividad, puesto que lo que aduce (1985, p. 28) es que los partidarios de la indemnidad sexual “colocan inadvertidamente en segundo plano la concepción positiva de la sexualidad”, entendiéndose la concepción de la sexualidad como una actividad favorable para el desarrollo del ser humano, de naturaleza tendencialmente beneficiosa.

En ese marco, lo que el autor preconiza es que es preciso “garantizar un ejercicio de la sexualidad en libertad”. Para ello, se protege la libertad sexual, según el autor, “prohibiendo todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar insertas en una situación carente de libertad; y en segundo lugar, prohibiendo conductas sexuales que crean

⁴⁸⁷ En DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2015). *Delitos y penas en España*. Catarata, p. 125; también en este sentido se hace eco de esta expresión, compartiéndola, CUERDA ARNAU, M. L. (2017). Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-09. <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-09.pdf>, p. 2.

⁴⁸⁸ Fundamentalmente, para DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1981). *El Derecho Penal ante el sexo*. Bosch, p. 216, se sustenta en tres ideas clave la protección de la libertad sexual: como forma de “autorrealización personal de los ciudadanos”; como “una de las esferas vitales en las que el ciudadano puede desarrollarse personalmente en más alto grado” y en consecuencia, colige que “las instancias sociales, en especial las coactivas, han de evitar el establecer restricciones innecesarias en ese campo (...), han de garantizar una situación en la que el espectro de opciones al alcance del individuo sea el mayor posible”.

situaciones de imposible ejercicio de la libertad sexual”. Desde esa perspectiva, califica la introducción del concepto de “indemnidad sexual” como “innecesario y superfluo”, al concebirse que la libertad sexual abarca tanto la autodeterminación sexual desde un plano actual, como *in fieri*.⁴⁸⁹

Esta postura no nos resulta, sin embargo, plenamente satisfactoria para dotar de una explicación a aquellos supuestos en los que un menor de edad próximo a la edad de consentimiento decide mantener por propia iniciativa una relación sexual con una persona de notable diferencia de edad y grado de desarrollo. En tales casos, nuestra legislación penal censura ese “ejercicio libre de la sexualidad” porque aparentemente no se dan las condiciones de libertad, lo que implica una contradicción interna. De ahí que, lo que es concebido como algo positivo –esto es, el ejercicio libre de la sexualidad–, pase a un segundo plano y tenga que ser otra noción, como es la indemnidad sexual, la que dote de explicación a la norma penal prohibitiva.

Este bien jurídico parte de la presunción (antes *iuris et de iure*, ahora *iuris tantum*) de que la capacidad de decisión del menor que pretende mantener una relación sexual con una persona madura no ha alcanzado el umbral mínimo legalmente exigido, que es aleatorio (una edad cronológica). Con carácter general, y con relación a otros bienes jurídicos en los que se protege la libertad o manifestaciones de ésta, ha venido a considerarse suficiente en general con la capacidad de natural de juicio. En el ámbito de los delitos sexuales, esto sin embargo no es así, puesto que se vincula el hecho de haber alcanzado esa

⁴⁸⁹ V. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2000). El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual. En *Delitos contra la libertad sexual* (pp. 217-259). Consejo General del Poder Judicial.

capacidad de juicio con superar cierta edad, y no con la capacidad concreta de discernimiento del menor en cada caso concreto.

Por lo tanto, el menor de ese umbral legalmente establecido de 16 años, ¿podemos predicar que no es libre?. El menor no es libre para tomar esas decisiones (regla general), cuando se trata de un adulto o persona con diferencia acusada de edad y grado de desarrollo o madurez. Por el contrario, sí se reconoce que la determinación es libre cuando la interacción sexual tiene lugar con otro menor o joven próximo cronológica y madurativamente a él.

En los casos en los que existe gran diferencia de edad es difícil predicar la libertad del menor, por cuanto esa distancia cronológica y madurativa ponen de manifiesto una situación de desequilibrio y desigualdad, y en último extremo, el ejercicio de una relación de poder; tales relaciones de desequilibrio y de poder no concurren con una intensidad y frecuencia tan elevada cuando la interacción sexual se produce entre iguales o próximos. Así se puede diferenciar las relaciones sexuales compartidas, frente a aquellas que no lo son⁴⁹⁰, y en las que el menor es instrumentalizado.

Además de la existencia de un desequilibrio, existe una notable prevención por el ordenamiento de que el menor carece de capacidad suficiente,

⁴⁹⁰ V. Fiscalía General del Estado (España). (2017). Circular (N.º 1/2017). Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf, p. 3, cuando señala: “el núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual. Consiguientemente, la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez”

aun desde su libertad intelectual y volitiva, para poder entablar esa clase de relación sexual con un tercero, por la proyección lesiva o perturbadora que potencialmente (y presumiblemente, *iuris et de iure*) puede conllevar la acción sexual analizada. Estamos, esencialmente, ante una situación sustanciada en una desvaloración fundada en un peligro para el desarrollo de la personalidad sexual.

El Derecho Penal no puede desconocer la adquisición progresiva por los menores de los derechos de la personalidad. Por tanto, iría demasiado lejos si prohibiera los contactos sexuales entre menores o entre próximos, por atentar contra el derecho a experimentar y desarrollarse por los menores en el ámbito de la sexualidad. Por ello, una misma decisión puede ser chocante que sea inválida o válida, según la diferencia de edad. Lo que hace que la libre voluntad sea válida entre menores es la presumible ausencia de desequilibrios, y en consecuencia, de abuso o explotación a la indemnidad sexual.

Cuando el menor de 16 años mantiene relaciones con un próximo en edad y desarrollo o madurez, lo hace en una expresión de la libertad sexual positiva y en la presunción de ausencia de daño para el desarrollo de la personalidad sexual (indemnidad sexual), tras la verificación de los requisitos de la cláusula del art. 183 bis CP, sobre los que cabe prueba en contrario. No solo no es que no sea dañoso, sino que puede formar parte de un derecho a la experimentación y libre desarrollo de su personalidad.

Si el mismo menor pretende concertarse con una pareja fuera del ámbito del art. 183 bis CP, aun cuando es abstractamente es “libre”, el Código Penal advierte que no se puede admitir esa clase de relación con una persona de tamaño

diferencia en el plano cronológico y madurativo, por el riesgo potencial de instrumentalizar o alienar al menor para satisfacerse sexualmente, conduciendo al mismo a un desarrollo de su personalidad sexual (aun incipiente) de carácter nocivo, a la postre, pues aparece como mero objeto sexual en una relación “no compartida”⁴⁹¹, al margen de que exista entre ambos incluso una relación afectiva intensa, e incluso, sincera.

Cierto es se puede objetar a la anterior interpretación que no toda acción sexual con un menor por parte de un sujeto de diferente edad y grado de desarrollo es esencialmente perniciosa para el menor, en el plano estricto de la evolución de su personalidad sexual. Advierte MUÑOZ CONDE (1999, p. 197)⁴⁹² que “cuando la sexualidad no es ejercida con violencia, puede favorecer el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras”. Ahora bien, no puede dejarse de incidir en que el legislador otorga una diferente significación criminal a la conducta de interacción sexual con un menor, frente a la de un adulto, precisamente en función de la validez del consentimiento de uno y otro, pero también en función de la afección a un elemento diferencial: la proyección del desarrollo de la personalidad sexual. Así pues, mientras que el caso del adulto, el énfasis se sitúa en la prestación del consentimiento en libertad y su exteriorización –porque se presupone que el desarrollo de su personalidad sexual está concluido–, en el caso del menor de 16 años, se cimienta, además de

⁴⁹¹ V. LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., CARRERA FERNÁNDEZ, M. V., RODRÍGUEZ CASTRO, Y., y ALONSO ÁLVAREZ, A. (2014). Aproximación psicológica a la problemática de los abusos sexuales en la infancia. En M. LAMEIRAS FERNÁNDEZ y E. ORTS BERENGUER (Coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial* (pp. 39-67). Tirant lo Blanch; al abordar los criterios definitorios del abuso sexual básicamente compartidos desde una aproximación psicológica: desigualdad (edad, madurez, poder) e instrumentalización de la víctima como objeto sexual. Es la alienación del individuo lo que justifica la protección de la indemnidad sexual frente a la mera libertad sexual, en estos supuestos.

⁴⁹² V. MUÑOZ CONDE, F. (1999). *Derecho Penal Parte Especial* (12.^a ed.). Tirant lo Blanch.

lo anterior, en una valoración respecto de la edad y grado de desarrollo y madurez de la persona con la cual lo presta, precisamente, por encontrarse en un proceso de evolución, inconcluso aun, de su personalidad sexual.

La libertad sexual no es capaz de explicar de manera autosuficiente la diferencia de la respuesta penal del contacto sexual de un menor con otro menor (hecho lícito) de un contacto entre menor y adulto (hecho ilícito). El hecho diferencial de la validez o invalidez del consentimiento goza de una mejor explicación si atendemos al bien jurídico de la indemnidad sexual, en tanto que un determinado comportamiento sexual puede resultar efectivamente perjudicial, no para la libertad, sino para la formación de la personalidad sexual, frente a otro que no aboca a tales riesgos.

2.1. Las aportaciones de Tamarit Sumalla a favor de un único bien jurídico consistente en la libertad sexual.

Con argumentos muy próximos a la postura sostenida por Díez RIPOLLÉS, destaca la aportación de TAMARIT SUMALLA (2002, pp. 58 y ss.)⁴⁹³, que aboga por negar a la indemnidad sexual su virtualidad como bien jurídico protegido en el caso de interacciones sexuales con menores por debajo de la edad de consentimiento.

El autor centra su crítica en el hecho de considerar tal bien – equiparándolo a la “intangibilidad sexual” – como una manifestación de la moral

⁴⁹³ V. TAMARIT SUMALLA, J. M. (2002). *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual* (2.^a ed.). Aranzadi.

sexual, en tanto que advierte lo problemático que resultaría aceptar una construcción de los delitos sexuales contra menores como delitos de peligro abstracto para la salud psíquica de éstos (que es lo que supondría asumir un riesgo potencial para el desarrollo adecuado de la personalidad sexual del menor, tras la interacción potencialmente dañina).

Así pues, TAMARIT SUMALLA⁴⁹⁴ concluye que solo existe un bien jurídico protegido en los delitos sexuales, como es la libertad sexual, sea sujeto pasivo de los mismos el adulto o el menor, negando categóricamente virtualidad alguna a la indemnidad o intangibilidad sexual (a las que hace equivaler), al señalarse como manifestaciones de moral sexual que no entiende precisas para poder aquilatar adecuadamente el objeto de protección de estos delitos. Tan solo admite una suerte de “excepción a la regla” de la ausencia de necesidad del concepto de indemnidad sexual, como bien jurídico protegido, en el extinto delito de corrupción de menores (en su redacción dada por LO 11/1999)⁴⁹⁵.

El autor atribuye a los defensores de la indemnidad sexual afirmar una equivalencia entre la afección a dicho bien jurídico y una lesión psíquica potencial. Ello no es exacto ni nos resulta convincente desde un plano estrictamente psiquiátrico-clínico.

⁴⁹⁴ Op. cit. n. anterior, p. 60.

⁴⁹⁵ Respecto de tal figura delictiva, el citado autor abogaba por interpretarla en clave de la existencia de relaciones asimétricas de edad en TAMARIT SUMALLA, J. M. (2000). *La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y Explotación Sexual: Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores* (1.^a ed.). Aranzadi, pp. 117 y ss, marcando una diferencia mínima de 5 años para que la corrupción de menores tuviera lugar por asimetría de edad, conforme al criterio concordante de otros autores desde la criminología como GARRIDO GENOVÉS, V. y GÓMEZ PIÑANA, A. M. (1998). *Diccionario de Criminología*. Gedisa, pp. 23-24.

La existencia de la dualidad de bienes jurídicos protegidos (libertad sexual e indemnidad sexual) no se sustancia en la potencial lesión de la víctima menor de edad en su esfera sexual. No es una modalidad de lesiones psíquicas el objeto de interés por el legislador, ni es preciso un daño real (ni potencial, siquiera), para que se pueda considerar necesario el castigo. Se trata de una presunción legal (*iuris et de iure*, en caso de mayores y menores, con los matices que ya hemos referido en otros momentos; *iuris tantum*, en el marco de la cláusula del art. 183 bis CP vigente), sustentada en el desequilibrio. El riesgo que se pretende evitar a través del castigo de las acciones sexuales con menores de 16 años no es tanto una lesión psíquica –de hecho, sistemáticamente, ello debería ser tratado en el ámbito de los delitos contra la integridad psíquica– sino una afección a la formación libre de la personalidad sexual, sea o no la acción desarrollada causante de una lesión.

De la misma manera que no se puede inferir que toda interacción con el menor de 16 años sea patologizante, tampoco se puede inferir que sea inocua o que no genere ningún riesgo. Lo que se trata es de evitar que el menor tenga en su acerbo sexual una experiencia que, por prematura y sustentada en un consentimiento libre, pero no plenamente consciente de la trascendencia de la acción sexual en los diversos planos (emocionales y físicos) y no elaborado de una manera adecuada, pueda generar a la postre, no solo un eventual trauma (una de las posibles consecuencias, esta sí, lesiva *stricto sensu*), sino una forma de comportamiento o afrontamiento de las subsiguientes experiencias sexuales que le sea perjudicial al propio sujeto, en sus dinámicas relacionales y/o emocionales, que sin constituir una lesión psíquica, sí se constituya en un

desarrollo de la esfera de la personalidad sexual, en el que la experiencia prematura ha supuesto un punto de inflexión.

Si se aceptara la consecuencia de TAMARIT, al considerar que la indemnidad sexual se protege en clave siempre de una ulterior “lesión”, todas aquellas conductas sexuales prematuras entre adultos y menores de la edad de consentimiento (que abarca el tipo de abusos sexuales a menores, conforme a la norma en el momento de su reflexión) de las que no se extrajere de manera directa una lesión psíquica, ni siquiera potencialmente en un futuro, deberían quedar fuera del alcance penal. Esto es algo que no sucede, en la medida que el resultado lesivo para la integridad psíquica –potencial o actual– no es un elemento del tipo.

2.3. Aportación de Orts Berenguer y Suárez-Mira desde la concepción restrictiva de la indemnidad sexual.

La postura respecto a la protección de la indemnidad sexual en el pensamiento de ORTS BERENGUER (1995, p. 57)⁴⁹⁶ fue evolucionando, en un camino hacia su aceptación con los matices que exploraremos en este epígrafe. Se puede contemplar una posición inicial con nitidez en su obra “Delitos contra la libertad sexual”, donde viene a concluir que, citamos textualmente, tras analizar por su parte el extinto Título IX del CP 1973: “permite aseverar que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido en ellos (referido a los preceptos del citado Título) y que junto a este valor se cobijan otros, tales como la intimidad (con el

⁴⁹⁶ ORTS BERENGUER, E. (1995). *Delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch.

contenido que se le ha asignado), la dignidad y hasta la honestidad, sin olvidar la libertad de desplazamiento, específica en el delito de rapto”

En una obra conjunta posterior a la referida, ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA (2001, pp. 18 y ss.)⁴⁹⁷, los autores vienen a efectuar una serie de precisiones sumamente sugerentes sobre el bien jurídico de la indemnidad sexual, que debemos traer a colación para una adecuada contemplación de tal objeto de protección.

Por una parte, estos autores entienden que la indemnidad sexual “no explica satisfactoriamente” la protección dispensada a los menores e incapaces, sobre la premisa de que “tienen tanto derecho a no ser molestadas sexualmente como el resto de los ciudadanos, no más”.

En efecto, ello lleva a estos autores a distanciarse del concepto de intangibilidad sexual o carnal⁴⁹⁸, reconociéndose a los menores una libertad sexual no equivalente a los adultos, en tanto que carecen de capacidad suficiente para poder “gestionar” de manera “autónoma” su impulso sexual (cfr. p. 20), de suerte que se establece una presunción “*iuris et de iure* de que no tienen capacidad para relacionarse con mayores”, y por tanto, se garantice de tal modo un desarrollo libre de injerencias que puedan perjudicar al menor en el proceso formativo de esta esfera, de manera que, se concluye por estos autores la

⁴⁹⁷ En ORTS BERENGUER, E. Y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Tirant lo Blanch.

⁴⁹⁸ Véase, al efecto, COBO DEL ROSAL, M. (1983) en “El delito de rapto” en *Comentarios a la legislación penal. Tomo II. El Derecho Penal del Estado democrático*, CESEJ, p. 402.

necesidad de diferenciar la “libertad sexual de los adultos capaces y el adecuado proceso de formación de los menores y de incapaces”.

De tal manera, se advierte por los autores referidos una suerte de incoherencia entre la justificación de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que se sustentaba en la “desprotección de menores e incapaces en materia sexual”, señalándose “la indemnidad sexual como bien jurídico en juego”, criticando que en la concreta tipificación posterior de conductas que les afectan (vid. la regulación en aquel momento de la agresión sexual) no se atiende específicamente a la tutela de tal bien jurídico, lo que pudiera justificar –o explicar– la posibilidad de prescindir del mismo, en la medida que se plasma, para los autores, con un alcance meramente orientativo de la labor del legislador, pero no de protección efectiva⁴⁹⁹.

3. Planteamientos “dualistas”: el reconocimiento de la indemnidad sexual como bien jurídico autónomo y necesario para la protección de los menores en el ámbito sexual.

En nuestra doctrina, la mayor parte de los autores, con diversos matices, se han adscrito generalmente a la coexistencia y autonomía de dos bienes jurídicos: la libertad sexual y la de indemnidad sexual. Ello les ha permitido explicar adecuadamente la protección dispensada a los menores de 16 años (edad de consentimiento) en el ámbito del desarrollo de su personalidad sexual.

⁴⁹⁹ Cfr. *Op. cit.* n. 157, p. 21, n. 20 del texto de los autores.

En efecto, debemos destacar algunas posiciones relevantes de nuestra doctrina, a nuestro juicio, por los matices aportados en sus diversas reflexiones.

3.1. Aportación de González Rus: la libertad sexual y su complemento con la indemnidad sexual como “intangibilidad sexual”. Otros autores favorables.

En su tesis doctoral sobre delito de violación, GONZÁLEZ RUS (1982, pp. 280 y ss.)⁵⁰⁰ efectúa una disquisición respecto de los bienes jurídicos afectados por el delito de violación en sus diversas modalidades comisivas, con atención al Código Penal de 1973. Resulta de interés por un planteamiento, entonces novedoso, a la luz de los estudios sobre delitos sexuales de un especialista destacado e la doctrina italiana, como fue CONTIERI (1959)⁵⁰¹.

De esta forma, GONZÁLEZ RUS ya anticipa –recordemos, vigentes los “delitos contra la honestidad”–, que la protección dispensada por el Código Penal ha de centrarse, por una parte, en la tutela de la “libertad sexual”, a la que definía en función de una “disponibilidad del propio cuerpo a efectos carnales”⁵⁰², como una manifestación de las libertades valorativas, que requieren una “capacidad de conocimiento y volición” suficiente para advertir la “trascendencia, significado o las consecuencias” del acto sexual⁵⁰³.

⁵⁰⁰ V. GONZÁLEZ RUS, J. J. (1982). *La violación en el Código Penal español*. Universidad de Granada. Colección de Estudios Penales.

⁵⁰¹ Muy apreciada su obra CONTIERI, E. (1959). *La congiunzione carnale violenta*. Ed. Giuffrè, por traer consigo planteamientos “modernos” de la libertad sexual como bien jurídico digno de tutela a través de estas figuras penales, frente a los postulados anteriores con fuerte carga de moral sexual.

⁵⁰² *Op. cit.* n. 157, p. 265. También en este sentido, es referencial la obra en Italia de RANIERI, S. (1967). *Manuale di Diritto Penale: Vol. 3º* (2.ª ed.). CEDAM, p. 59, cuando explora el concepto de libertad sexual en los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres del CP italiano vigente en el momento.

⁵⁰³ *Op. cit.* n.157, p. 266, aclara el autor, sin “espiritualizar o dramatizar el sentido de la actividad sexual”.

Para los casos en que se adolece de tales elementos volitivos y cognitivos, el autor aboga por advertir una “intangibilidad sexual del individuo que posea determinada cualidad o que se encuentre en determinadas relaciones con el agente”⁵⁰⁴. Así pues, tal postulado inicial sobre la “indemnidad sexual” identificada con “intangibilidad sexual”, se comparte diversos autores de nuestra doctrina penal, para los que existe una equivalencia entre ambos conceptos⁵⁰⁵.

Actualmente, la identificación entre los conceptos de “indemnidad” e “intangibilidad” con relación a la esfera sexual, se encuentra ampliamente superada, por cuanto la indemnidad sexual, entendida como el derecho al libre desarrollo de la personalidad sexual, no supone que el menor sea un sujeto intangible, intocable en el ámbito de la sexualidad, sino que como señala BOLDOVA PASAMAR (2022, p. 201), se preserva al menor de “interferencias en el

⁵⁰⁴ Cita GONZALEZ RUS a CONTIERI, *op.cit.* n. 158, p. 12.

⁵⁰⁵ Por todos, V. POLAINO NAVARRETE, M. (1975). *Introducción a los delitos contra la honestidad*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, pp. 49 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (1977). *El delito de rapto*. Universidad de Granada; CARMONA SALGADO, C. (1981). *Los delitos de abusos deshonestos*. Bosch, pp. 40 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. (1983). El delito de rapto. En *Comentarios a la Legislación penal* (Vol. 2). Edersa, p. 402. Todos los autores anteriores también acuden a las disquisiciones que en el momento aportó en una obra general de referencia en el Derecho Penal italiano, como es la de MANZINI, V. (1963). *Trattato di Diritto Penale Italiano* (4.ª ed., Vol. 7). UTET, pp. 412 y ss, que distingue “indemnidad sexual” de “inviolabilidad carnal”, entendiendo de esta última que es la capacidad del sujeto para oponerse frente a las agresiones sexuales de los demás. En este sentido, tal inviolabilidad carnal, que CARMONA SALGADO (*op.cit.* supra, p. 41) excluye de los indemnes sexuales (pues supondría reconocerles capacidad positiva de involucrarse con terceros en conductas sexuales), es lo que posteriormente se integrará en lo que hoy entendemos como libertad sexual negativa. Modernamente, están próximas a una identificación de la indemnidad sexual con el derecho a no sufrir un daño, v. GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2022). El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros. En *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección* (pp. 97-142). Tirant lo Blanch, p. 109. No obstante, la autora varía su postura, mostrándose favorable a la existencia de un único bien jurídico, la libertad sexual, y criticando las posturas favorables a mantener la indemnidad sexual, en GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. (2023). Una vuelta alrededor del bien jurídico protegido en el Título VIII del Libro II del Código Penal rubricado “Delitos contra la libertad sexual”. En P. GARCÍA ÁLVAREZ, V. CARUSO FONTÁN (Dir.), M. RODRÍGUEZ RAMOS (Coord.), *La perspectiva de género en la ley del «solo sí es sí»* (pp. 57-94). Colex.

proceso de formación adecuada a su personalidad” en la esfera sexual. Pero ello no convierte al menor en un sujeto intangible, habida cuenta del contenido del art. 183 bis CP, que abre la puerta a que el menor de 16 años pueda desarrollar alguna clase de interacción sexual no desequilibrada de forma jurídicamente válida⁵⁰⁶.

La “intangibilidad” sexual pudo tener cierto recorrido, en el momento en que nuestra legislación establecía una presunción *iuris et de iure* de invalidez del consentimiento sexual del menor de 13 años, pero actualmente, en la medida de la existencia de la cláusula del art. 183 bis CP, no es una idea que pueda sostenerse para explicar el sistema de protección penal del desarrollo de la personalidad sexual del menor.

3.2. Planteamiento de Muñoz Conde: la libertad e indemnidad sexuales como manifestaciones complementarias del derecho al libre desarrollo de la personalidad sexual.

MUÑOZ CONDE (2022, p. 223 y ss.)⁵⁰⁷ advierte la relevancia y actualidad de la distinción entre los bienes jurídicos protegidos de la libertad sexual, frente al de la indemnidad sexual, en su análisis de la reforma del Código Penal por la LOGILS. Concibe la libertad sexual como “aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, y en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo”. Considera el autor que la libertad sexual posee una “autonomía”, frente

⁵⁰⁶ Tal carácter lo enfatiza RAGUÉS I VALLÈS, R. (2021). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En J. M. SILVA SÁNCHEZ (Dir.) y R. RAGUÉS I VALLÈS (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial* (7.^a ed., pp. 131-156). Atelier.

⁵⁰⁷ V. MUÑOZ CONDE, F. (2022). *Derecho Penal Parte Especial* (24.^a ed.). Tirant lo Blanch.

a la protección penal de los atentados contra otras manifestaciones de la libertad, por sus “connotaciones propias”.

En cuanto a la indemnidad sexual, MUÑOZ CONDE sostiene “que no se puede hablar de “libertad sexual” como bien jurídico específicamente protegido en menores de 16 años y personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Sostiene que se trata de casos de personas que “carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores) o de forma definitiva (personas con discapacidad necesitadas de especial protección)”. Así pues, se postula que “más que la libertad sexual del menor o de persona con discapacidad, lo que se pretende, en el caso del menor, es proteger la adecuada evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y en el caso de la persona con discapacidad, evitar que sea utilizada como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales”. Ese concepto adicional de protección justifica la configuración de un bien jurídico protegido adicional a la libertad sexual, como es la indemnidad sexual, para el meritado autor⁵⁰⁸.

Sustancialmente, coincidimos con esta forma de enfocar la relación entre libertad e indemnidad sexual, pero con algún matiz respecto de las anteriores premisas fijadas por MUÑOZ CONDE. Nosotros entendemos no obstante que la necesidad de configuración de la indemnidad sexual como bien jurídico no viene a constituirse en función de la “carencia” (por emplear el mismo término que el autor citado) de libertad sexual de forma provisional o definitiva. Ello resulta inexacto a nuestro juicio, por cuanto los menores y los discapacitados necesitados

⁵⁰⁸ *Op. cit.* n. anterior, p. 225.

de especial protección sí poseen intrínsecamente a su existencia ciertos ámbitos de libertad sexual, que cabe reconocérseles. Cuando se piensa en tal concepto, en el ejercicio de la libertad sexual, existe una tendencia a la reducción del concepto a la mera interacción sexual con un tercero, siendo ésta una de las manifestaciones de la libertad sexual positiva, pero no la única, al menos según el concepto que hemos propuesto en este estudio.

Los menores y los discapacitados necesitados de especial protección poseen –en línea de principio y con los sesgos derivados de las afirmaciones generales, que siempre admiten excepciones– una capacidad o libertad sexual de proyección autónoma ligada a su propia existencia como seres sexuados y que interactúan como tales con su entorno; y además, una capacidad potencial de carácter interactivo, que se desarrolla en el caso de los menores con el trascurso del tiempo. Cuando aludimos, a su vez, a la interacción sexual, pensando siempre o reduciendo la misma a la estimulación y satisfacción a través de las acciones sexuales (orales, coitales...), nos puede conducir a una reducción excesiva de la realidad.

Dicho de otro modo y con ejemplos gráficos, un discapacitado necesitado de especial protección o un menor de 16 años que se estimule o se masturbe está desarrollando una conducta amparada por en una faceta positiva de su libertad en la esfera sexual, con una proyección autónoma o autorreflexiva. Igualmente sucede cuando un discapacitado necesitado de especial protección, que no puede (físicamente) establecer una relación sexual coital se excita viendo a una pareja en un parque mientras se besan. Son casos en los que existen planos de actividad o desarrollo de la esfera de la conducta del individuo en un plano “sexual”, sin

necesidad de interacción directa con terceros. No todo lo sexual es interactivo, ni toda libertad sexual se proyecta con un tercero.

Por ello, existen matices a nuestra adhesión a la postura de MUÑOZ CONDE, en la medida que la indemnidad sexual, para nosotros, no nace de una falta de libertad sexual *in genere*, sino de la preponderancia frente a tal concepto de otro bien jurídico, que puede entenderse como la necesidad de protección que el Derecho debe establecer respecto de ciertos sujetos a los que no se les reconocer plena capacidad interactiva en el plano sexual positivo (incluso frente a sus deseos o voluntad), precisamente para preservar el desarrollo de esa esfera, sin intromisiones nocivas o perjudiciales porque procedan de interacciones en planos de desequilibrios madurativos o cronológicos. Tal matiz es coherente con la propia forma de concluir la cuestión que el autor referido propone, en la medida que asume que se debe preponderar un criterio “adicional” a la libertad sexual, para convertir en delictivas las relaciones con los sujetos a los que se reconoce indemnidad sexual, incluso a veces contra la propia “voluntad” del sujeto pasivo.

Tales son casos a los que nos queremos referir, esto es, en los que el menor de 16 años “desea” no pasiva sino activamente (propicia) mantener relaciones en el plano sexual con una persona de mayor edad (fuera del ámbito del art. 183 bis CP), en los que se advierte que la indemnidad sexual se erige para explicar la razón última por la que el Código Penal censura la conducta del tercero con el que el menor interactúa en ese plano. Se estima precisamente que, fuera del ámbito del art. 183 bis CP, las relaciones del menor con un tercero son potencialmente peligrosas para su personalidad sexual, a causa de las intrínsecas

relaciones de poder e instrumentalización que se infieren de la diferencia de edad y de madurez entre ambos.

Si se sancionan las conductas con personas de mayor edad, al margen del art. 183 bis CP, es porque se pretende preservar la indemnidad sexual. No es que el acto sea contrario a una “libertad” del menor entendida en sentido natural (el menor, imaginemos con 14 años, que “quiere” acostarse con una persona de 40 años puede querer hacerlo, sin presión alguna y como modo de expresión de su sexualidad, no es una cuestión imposible); sino que el Derecho Penal entiende que ese menor aun carece de criterios suficientes para conocer la trascendencia que para el desarrollo de su personalidad sexual puede conllevar de dicha relación.

Por ello, coincidimos plenamente con el señalado autor en que el actual Título VIII del Libro II CP, tras la reforma operada por la LOGILS, sigue manteniendo en su esencia y sentido, la doble tutela de la libertad e indemnidad sexuales, a pesar de la eliminación puramente nominativa de la “indemnidad sexual”. Lo desarrollaremos en nuestra postura personal sobre la coexistencia de ambos bienes jurídicos.

En esta forma de concebir el binomio libertad e indemnidad sexuales, no como “intangibilidad”, sino desde un contenido diverso, como expresión de la tutela del ordenamiento al libre desarrollo de la personalidad sexual sin injerencias de carácter nocivo, se posiciona hoy la doctrina española dominante,

con diversos matices⁵⁰⁹, y también algunas voces de calado en la doctrina alemana⁵¹⁰.

3.3. Postulados de Boldova Pasamar: Evolución del tratamiento dual de los bienes jurídicos protegidos.

Por su parte, BOLDOVA PASAMAR (2010, p. 24)⁵¹¹, concibe la indemnidad sexual referida a la personalidad sexual⁵¹² como un bien jurídico complementario de la libertad sexual, al que se le pretende despojar –en todo lo posible– de la impronta de la moral sexual. Precisamente el Derecho Penal no trata de proteger cualquier esfera de la personalidad en su conjunto, sino la personalidad en la materia sexual del menor.

En este sentido, el autor discrimina claramente aquellos actos que pueden ser atentatorios o no contra la libertad sexual –reconocida también por el mismo a los menores de edad–, frente a aquellos actos en los que se protege a los

⁵⁰⁹ Sin poder ser exhaustivos, ante el amplio predicamento en la doctrina española más conspicua de la aceptación de la dualidad de bienes jurídicos protegidos, debemos citar por su carácter referencial, en todo caso, a BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2010). *Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*. Comares, p. 24; RAMÓN RIBAS, E. (2013). *Minoría de Edad, Sexo y Derecho Penal*. Aranzadi, p. 17; VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015b). *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*. Tirant lo Blanch; MORALES PRATS, F. y QUINTERO OLIVARES, G. (2016). *Comentarios al Código Penal español: Artículos 1 a 233*. Aranzadi, p. 1275; también; DE LA MATA BARRANCO, N. J. (2019). Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-20.pdf>, pp. 4-8; MONGE FERNÁNDEZ, A. (2020). «Las Manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales. Tirant lo Blanch.

⁵¹⁰ V. KINDHAUSER, U., NEUMANN, U. y PAEFFGEN, H. (2017). *Strafgesetzbuch* (5. Auf.). Nomos Verlagsgesellschaft, p. 670; FISCHER, T. (2018). *Strafgesetzbuch* (65. Auf.). C.H.Beck.

⁵¹¹ Así se postula en su aportación por BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2004). *Comentarios al Código Penal Parte Especial Vol. II*. En J. L. Díez Ripollés y C. M. Romeo Casabona (Coords.). Editorial Tirant lo Blanch, pp. 526-527

⁵¹² También a propósito de la pornografía de menores, v. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2010). *Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*. Comares.

menores de una injerencia perniciosa en el desarrollo de su personalidad sexual, por una “intromisión corruptora” del sujeto activo, a lo que se atiende a proteger a través de la indemnidad sexual.

Dicha tutela, no obstante, precisa BOLDOVA PASAMAR (2021, p. 5)⁵¹³, debe tratar –citamos textualmente– de *“impedir las interferencias forzadas y las intromisiones que, merced a su utilización como objeto sexual, pudieran resultar nocivas para el desarrollo personal madurativo de los menores (o, en su caso, para el normal proceso de socialización de personas con discapacidad), pero sin menoscabo de otros derechos relacionados con el libre desarrollo de la personalidad, entre los que se encuentra la libertad sexual en el marco de los procesos de experimentación propios de la edad adolescente e incluso previa”*.

Por ello, no existe forzamiento para en su postura, que compartimos, en la coexistencia de la cláusula de consentimiento del art. 183 bis CP y la propia existencia de una indemnidad sexual, debidamente configurada en clave de protección del desarrollo de la personalidad sexual. Dicha evolución permite, precisamente, advertir la necesidad de tolerar y dar un espacio a la práctica de conductas sexuales interactivas entre sujetos próximos en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica. Son ámbitos de común “aprendizaje práctico”, si se quiere entender así, de cara a la paulatina formación de la personalidad sexual.

⁵¹³ BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc>

En esta misma línea, atendiendo a la indemnidad sexual como nosotros lo hacemos, es decir, desde la necesidad de evitar que el menor sufra injerencias perjudiciales en el proceso formativo del libre desarrollo de su personalidad sexual se pronunció también en su momento CUERDA ARNAU (1997, p. 218)⁵¹⁴.

4. Otras posturas entorno al bien jurídico protegido de la libertad sexual.

4.1 Planteamiento de Acale Sánchez: la “libertad sexual segura” como bien jurídico protegido.

ACALE SÁNCHEZ (2022, pp. 54 y ss.)⁵¹⁵ destaca la preponderancia en el ámbito sexual, atendiendo a los avances de legislador en la intervención penal en este ámbito, del concepto de la “seguridad personal”. Se funda, para tal aseveración, en el cumulativo reconocimiento constitucional ofrecido en el art. 17.1 de la Carta Magna al derecho “a la libertad y a la seguridad”.

La referida autora (2022, p. 55)⁵¹⁶ viene a colegir textualmente que “*la libertad sexual como bien jurídico puede resultar pequeño, pues más allá de ella y vistos los daños que estas conductas causan a la víctima, debe añadirse un referente jurídico más o definirse la propia libertad sexual como una libertad sexual segura*”.

⁵¹⁴ V. CUERDA ARNAU, M. L. (1997). Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 7, 216.

⁵¹⁵ V. ACALE SÁNCHEZ, M. (2022). Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa. En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, P. ESQUINAS VALVERDE (Dir.) y M. A. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 39-88). Aranzadi.

⁵¹⁶ *Op. cit. Supra*.

Tal concepción de la seguridad, como un bien jurídico adicional necesario para una adecuada exégesis de la libertad sexual, se fundamenta, por una parte, en la valoración de un antecedente legislativo (textualmente, “el Código Penal de 1974 incluía en su Título XII, <<de los delitos contra la libertad y seguridad>>”) como también la propia noción del art. 17 de la Constitución.

De tales aspectos, junto con informes de la CEDAW de 2010, en los que se atiende a la protección a la seguridad personal de la mujer en relación con la falta de consentimiento sexual, extrae la meritada autora la necesidad de una reformulación del bien jurídico protegido en los delitos sexuales. La dimensión de tal bien jurídico tendría un carácter dual, en cuanto que no solo guardaría relación con la esfera subjetiva del delito, sino con el objetivo, relativo a la peligrosidad del comportamiento. Así, como indica la citada autora *“más allá de la satisfacción sexual o incluso en lugar de esa propia satisfacción sexual, se trata de conductas que manifiestan un ánimo de dominio y discriminación a través del cual se pone en peligro la propia vida e integridad física y psíquica de la víctima, lo que permite calificar estos delitos como atentados contra la seguridad personal”* (p. 57)⁵¹⁷.

Con relación a esta sugestiva propuesta, podemos ponderar las siguientes cuestiones:

- I) En primer término, se coligan dos conceptos jurídicos que la propia Constitución diferencia en su contenido, como son el derecho fundamental a la libertad y el derecho a la seguridad personal.

⁵¹⁷ Op. cit. nn. precedentes.

Como señala PAREJO ALFONSO (2003, p. 6)⁵¹⁸, el derecho fundamental a la libertad, concebido en la Carta Magna, puede entenderse como “la autodeterminación por obra de la voluntad personal de una conducta lícita”, o lo que es semejante, el derecho constitucional a disponer de la propia persona, a determinarse por la propia voluntad y actuar de acuerdo con ésta, salvo prohibición constitucionalmente legítima. En el ámbito sexual, como particular esfera del desarrollo de la personalidad, conduce al reconocimiento de la esfera positiva (facultad del sujeto para poder involucrarse, en una conducta sexual como manifestación de su libre albedrío), así como en el ámbito negativo, concebido como una posibilidad de rechazar la participación en una conducta sexual no deseada.

Frente a este concepto, la “seguridad” aducida por el art. 17 de la Constitución, que la autora meritada invoca en su reflexión, ha de concebirse, coincidimos con PAREJO ALFONSO (2003, p. 8), como un “derecho y libertad” entendido como “ausencia de perturbaciones provenientes de medidas arbitrarias”. POMED SÁNCHEZ (2006, p. 166)⁵¹⁹ concibe la seguridad personal⁵²⁰, en relación con la seguridad jurídica generalmente preconizada en el art. 9.3 CE, como una concreción subjetiva

⁵¹⁸ V. PAREJO ALFONSO, L. J. (2003). Reflexiones sobre la libertad, la seguridad y el Derecho. *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, 21, 5-20. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27477/reflexiones_parejo_JA_2003.pdf?sequence=1;

⁵¹⁹ V. POMED SÁNCHEZ, L. (2006). Algunos aspectos de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la libertad y la seguridad. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 16, 165-176. <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/130220/179658>

⁵²⁰ *Op. cit. supra*, el autor articula su reflexión entorno a la exégesis de la STC 325/1994, de 12 de diciembre (F.J. 2º), donde se alude al derecho a la seguridad como “el bien jurídico eminentemente individual de la seguridad personal configurado como soporte de la libertad de todos y cada uno (SSTC 2/1981 y 262/1988; ATC 1178/1988), con una tradición ya de dos siglos, recogida en las Declaraciones del Hombre y del Ciudadano de 1789 y 1793 como su primera expresión legislativa, que exige la interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las garantías adecuadas”

de la misma, entendiéndose la seguridad personal, en relación con la norma como «la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos»⁵²¹. La seguridad personal, por parte de GARCÍA MORILLO (1995, p. 29)⁵²², se afronta, desde el plano negativo, “como una ausencia de perturbaciones que amenacen o restrinjan la libertad” y desde el plano positivo, como “la facultad de organizar en cualquier momento y lugar la vida individual y social”.

La seguridad personal que se predica del art. 17.1 CE, es a nuestro entender, un derecho de proyección constitucional vertical. Es decir, se establece como un ámbito de exclusión de injerencias del poder público que sean limitativas, a través de mecanismos arbitrarios, de la libertad y de lo que el meritado autor advierte como un “estado de normalidad mínima (en sentido material o real) precisa para la efectividad de los derechos y libertades de la persona”.

Atendiéndose a lo precedente, el concepto de seguridad que esgrime ACALE SÁNCHEZ para justificar la aparente necesidad de reconfigurar la concepción del bien jurídico “libertad sexual” en pos de una “libertad sexual segura”, no proviene de una exégesis del concepto de seguridad derivado del art. 17.1 CE. Esto es así por cuanto la seguridad que se predica por ACALE SÁNCHEZ lo es en una acepción distinta de la que constitucionalmente se refleja en citado precepto, como una manifestación

⁵²¹ Para ello, POMED SÁNCHEZ, *op.cit.* n. 161, p. 167, acude también a una referencia a la STC 237/2000, de 15 de noviembre (F.J.9º).

⁵²² V. GARCÍA MORILLO, J. (1995). *El derecho a la libertad personal: Detención, privación y restricción de libertad*. Tirant lo Blanch.

subjetiva del derecho a la seguridad jurídica. En el ámbito sexual, el sujeto pasivo del delito no tiene un derecho a la seguridad jurídica. La autora, por tanto, viene a tratar el concepto “seguridad”, pero no con el sentido que la Carta Magna otorga al concepto, ni el que la doctrina ha concedido al mismo.

Podría asumirse que la voz “seguridad” se emplee por ACALE SÁNCHEZ en un plano semántico general⁵²³. Mas, si partimos de tal acepción, tampoco entendemos adecuado identificar el bien jurídico protegido con un ejercicio “seguro” de la sexualidad. La libertad sexual consiste una capacidad de autogobierno en la materia, evitándose cualesquiera injerencias tanto para participar en una conducta sexual como para no hacerlo, ya sea respecto de uno mismo o con terceros. Dicha actividad sexual puede ser libremente deseada, pero ser, a la par, “riesgosa” para el sujeto que participa respecto de esta; y ello, sin embargo, no supondría una lesión de la libertad sexual. Por ejemplo, una actividad sexual como la asfixia erótica o *breathplay*, es por definición una conducta de riesgo para la integridad física e incluso la vida de la persona que la practica. Ahora bien, tal conducta es perfectamente asumible como una manifestación de la diversidad de planteamientos entorno a la experiencia activa –e interactiva, en su caso– de la sexualidad, y aun siendo peligrosa, es perfectamente asumible que se pueda desarrollar sin que medie un delito contra la libertad sexual. No lo sería si añadimos el adjetivo “segura”, puesto que entonces, distorsionamos el objeto de protección, que es la

⁵²³ Para el DRAE, “seguridad” como sustantivo expresa la “cualidad de seguro”; y “seguro” es aquello “libre y exento de riesgo”.

autonomía de la voluntad, para constreñir la misma a aquellos actos que no sean peligrosos para el potencial sujeto pasivo (es decir, que sea “sexo seguro”, en todos los sentidos).

El Derecho Penal no debe aspirar, a nuestro juicio, a garantizar la “seguridad” de los intervinientes en las prácticas sexuales entre adultos, sino a limitarse a castigar los casos en que no exista una participación voluntaria de éstos en una conducta de naturaleza sexual, bien por ausencia de consentimiento, bien porque éste se haya obtenido de forma viciada, bien porque medie violencia o intimidación para el desarrollo de la conducta desvalorada. El concepto de “seguridad” tiene tantas aristas que, además, no permite dibujar adecuadamente las fronteras de la protección penal. ¿Acaso nos referimos a seguridad en el ámbito reproductivo? ¿O quizá una seguridad en el plano emocional, afectivo, como un derecho a no sufrir un rechazo que lastre nuestras expectativas, o que nuestro consentimiento se extienda a elementos accesorios de la relación sexual proyectada? ¿Pudiera ser también derecho a un “sexo seguro” en el ámbito de los contagios de ETS? Evidentemente, se trata de aspectos que exorbitarían el concepto de libertad sexual que nuestro Código Penal contempla, y que podrían dar cabida a aspectos ajenos a una regulación penal fundada en los principios de lesividad e intervención mínima, con el riesgo de una extensión indeterminada (y difícilmente limitable) del papel del Derecho Penal en esta esfera de la realidad.

II) En consecuencia, no se puede predicar que el Título VIII del Libro II proteja una “seguridad sexual”, como concepto complementario a la “libertad sexual”.

Tampoco resulta convincente la alusión efectuada por la autora a la regulación antecedente del Título XII del Código Penal de 1974. Precisamente, tal referencia no abona adecuadamente el argumento de la existencia de una necesidad de complementar el concepto de “libertad sexual” con el concepto de “seguridad”, sino todo lo contrario.

Ello es así por cuanto el Código Penal aludido diferenciaba con claridad los “delitos contra la honestidad” (Título IX)⁵²⁴, frente a los delitos contra “la libertad y la seguridad”, del Título XII, que no atendían a cuestiones relacionadas con la esfera sexual, sino a tipos delictivos como las detenciones ilegales, sustracción de menores, abandono de familia y niños, omisión del deber de socorro, allanamiento de morada, amenazas y coacciones, descubrimiento y revelación de secretos o los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo. Por ello, no es un argumento suficiente la alusión coligada en el Código Penal referido de la libertad y la seguridad, para tratar de justificar la necesidad de innovar sobre el concepto de libertad sexual para predicar una “libertad sexual segura”, sobre la base de un tratamiento conjunto de libertad y seguridad en la citada fuente normativa histórica, precisamente por cuanto el concepto

⁵²⁴ Antecedente histórico penal de los actuales “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Se trata de una materia en la que se experimenta un giro copernicano por el Código de 1995, en cuanto al enfoque del bien jurídico protegido. No obstante, es pacífica la idea de que el origen de la actual regulación proviene de la referida en aquel título, eso sí, sin que actualmente se predique la fuerte impronta moralizante del tratamiento que se daba en 1974 a la materia.

“seguridad” empleado por el Código de 1973 es, precisamente, coincidente con la interpretación que hemos expresado anteriormente, en el sentido de la seguridad personal como proyección subjetiva de la seguridad jurídica⁵²⁵.

4.2 La “autonomía sexual” como bien jurídico protegido en la concepción de Queralt Jiménez.

En la opinión de QUERALT JIMÉNEZ (2015, p. 225)⁵²⁶ se concibe que el bien jurídico protegido por los delitos del Título VIII del Libro II CP es la “autonomía sexual”, como subespecie o parcela de la “libertad individual”, que identifica con que “el sujeto, hombre o mujer, puede establecer sin trabas en sus relaciones con otros sujetos mayores de edad las líneas de sus actuaciones en el terreno de la sexualidad y de la afectividad”.

Así pues, respecto de los menores de edad, más allá de constatar la “repugnancia” que tales actos sexuales para con los mismos concitan en la sociedad, el autor no establece una definición expresa a su juicio del bien jurídico, ni si específicamente existe tal necesidad de contemplar la protección desde lo que nosotros hemos advertido como monismo (solo reconocer la libertad sexual) o dualismo (reconocer la necesidad de apreciar la coexistencia de la indemnidad sexual, junto con la libertad sexual).

⁵²⁵ Cfr. lo desarrollado en el expositor anterior.

⁵²⁶ V. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2015). *Derecho Penal español. Parte especial*. Tirant lo Blanch.

No obstante, podemos interpretar su postura, en la valoración conjunta del tratamiento que ofrece al tema, como una apuesta por la existencia de un solo bien jurídico protegido (que se identifica como “autonomía sexual”), del que por exclusión puede colegirse la protección de los menores (como aquellos que carecen de “autonomía sexual”).

La propia definición de autonomía sexual nos resulta, sin embargo, poco concluyente para explicar la materia que nos ocupa. Por una parte, porque la autonomía sexual predicada por QUERALT parte de varios postulados que resultan discutibles. En primer término, se predica para los mayores de edad, cuando ello no corresponde al tratamiento de la edad de consentimiento en el Derecho Penal español, en el que no entendemos que pueda asumirse que el mayor de 16 años y menor de 18 años carezca de esa capacidad libre de involucrarse en una conducta sexual interactiva con un consentimiento válido.

A la par, es algo confuso el concepto de poder “establecer sin trabas” una relación sexual. En este sentido, concebimos que no deja de ser una definición, en forma negativa (es decir, mediante una negación, en este caso, de impedimentos) de la libertad sexual. Por último, la tutela singularmente concedida a los menores de 16 años en el ámbito de los delitos del Título VIII del Libro II CP, no se explica satisfactoriamente, por las razones hasta ahora expuestas y que desarrollaremos también en nuestra toma de postura, mediante la simple negación de la autonomía sexual de los mismos.

Ello, por cuanto la existencia de una cláusula como la del art. 183 bis CP exige una respuesta más compleja ante la realidad de las interacciones

válidamente realizadas a su amparo por los menores, sin que se pueda considerar una excepción a la “falta de autonomía”. La autonomía no explica el proceso de evolución de la personalidad sexual y, por tanto, no justifica tampoco la razón última por la que el legislador apuesta por un tratamiento peculiar de las interacciones sexuales con menores de 16 años, como elementos desvalorados en los tipos correspondientes, así como con los menores de edad en ciertas figuras (prostitución o pornografía de menores).

4.3 Postura de Caruso Fontán: integración de la indemnidad sexual como faceta negativa de la libertad sexual.

Por su carácter referencial en la materia de los delitos sexuales, debemos advertir cómo CARUSO FONTÁN (2006, p. 178)⁵²⁷, ofrece una solución propia a la relación binomial entre libertad e indemnidad sexuales, cuando advierte, tras un estudio sobre los perfiles de ambos bienes jurídicos, su postura entorno a la “indemnidad sexual”, como elemento integrado en la libertad sexual, en su esfera negativa, “dentro de la posibilidad de autodeterminarse sexualmente”.

La autora entiende que la referencia a la libertad sexual abarca la indemnidad, a la que conceptúa como una subespecie o elemento integrado en el concepto señalado, sin autonomía funcional. A la par, identifica “indemnidad sexual” con “integridad sexual”, advirtiendo que la diferencia con la libertad sexual negativa es que el ordenamiento adelanta para los menores las “barreras de protección”.

⁵²⁷ V. CARUSO FONTÁN, M. V. (2006). *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch.

No coincidimos con este planteamiento, puesto que se reduce y desvirtúa la naturaleza autónoma del bien jurídico de la indemnidad sexual a ser un factor meramente accesorio en el planteamiento de la libertad sexual, como único bien jurídico. Como también ya hemos expuesto anteriormente en nuestras objeciones a los planteamientos monistas, en este caso, estamos ante un supuesto particular, por cuanto CARUSO FONTÁN no niega la indemnidad sexual como concepto, ni lo liga estrictamente a un planteamiento en la línea de una perpetuación en el CP de contenidos de carácter moral, sino que estima que es una forma de libertad sexual negativa. Debemos discrepar de esta postura.

La libertad sexual negativa parte de un planteamiento de rechazo, por parte del sujeto titular del bien jurídico, respecto de la voluntad de involucrarse en una interacción sexual que se presenta como no querida. En otro orden, la indemnidad sexual no se protege por un planteamiento negativo hacia la interacción sexual por parte del menor de 16 años, puesto que ello sería exactamente igual que en los adultos, una manifestación de libertad sexual negativa por parte de este.

Al contrario, lo que se preserva es al menor de 16 años, que quisiera hipotéticamente relacionarse con un adulto de cierta diferencia de edad y desarrollo madurativo semejantes, para imponer por el ordenamiento, sobre ese criterio volitivo, un interés de proteger el desarrollo de la libre personalidad sexual, en una etapa de especial sensibilidad en la configuración de tal esfera.

5. Postura personal a favor de complementariedad de los bienes jurídicos de la libertad e indemnidad sexuales.

Frente a los anteriores postulados, debemos advertir cómo existen, a nuestro juicio, razones suficientes para sostener la necesidad de contemplar una dualidad de bienes jurídicos protegidos en el Título VIII del Libro II CP, en concreto, la libertad y la indemnidad sexuales, con el sentido y perfiles que hemos propuesto en líneas anteriores de esta misma tesis doctoral.

Para nosotros, sintéticamente, la libertad sexual es una manifestación de la capacidad del sujeto para poder “autodeterminarse”⁵²⁸ en materia sexual, en dos planos: uno autorreflexivo, que comporta la posibilidad de la autoexploración y satisfacción sexual autónoma; y uno interactivo, que abarca los intercambios de naturaleza sexual con terceros. La primera de las facetas de la libertad sexual positiva enunciadas se predica de cualquier persona, desde el momento que el sujeto adquiere conciencia de su propia existencia y de su sexualidad, siendo un concepto evolutivo (como todos los que se enuncian en el plano de la experiencia vital de la sexualidad humana, que se encuentra en una evolución sostenida a lo largo de la vida, aunque fundamentalmente desarrollada en las primeras etapas de esta).

Las facultades interactivas dependen del desarrollo y madurez, así como de una proyección u opción normativa, por parte del legislador, que fundamenta la regulación a nuestro juicio en una suerte de previsibilidad de un posible

⁵²⁸ Con tal término lo expresa la STS, Sala II, nº 1667/2022, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:6774), FJ 10º.

resultado nocivo para el desarrollo de la personalidad sexual en los casos que existan interacciones entre menores de 16 años y personas con las que no exista proximidad de edad y grado de desarrollo o madurez físico o psíquico. No es que las que se desarrollen *inter pares* sean necesariamente beneficiosas, o no vayan a ser perjudiciales. Es obvio que hay relaciones entre semejantes que van a poder suponer una huella negativa para los menores implicados, y es un riesgo permitido, derivado de la propia experimentación sexual que conlleva la formación del imaginario sexual de cada cual.

Ahora bien, sí sabemos empíricamente que las relaciones entre menores y adultos con notable diferencia de edad presentan características singulares a la hora de formar la personalidad sexual del sujeto en desarrollo y tienen una potencialidad para generar experiencias de naturaleza traumática (desde estudios referenciales clásicos⁵²⁹; hasta más modernos, como los de BELLIS, LOWEY, LECKENBY, HUGHES Y HARRISON, 2013⁵³⁰; KESSLER *et alii*, 2010⁵³¹; GREENFIELD, 2010⁵³²).

⁵²⁹ V. Desde la criminología, el de TORMES, Y. M. (1968). *Child victims of incest*. American Human Association; DE FRANCIS, V. (1969). *Protecting the child victim of sex crimes committed by adults. Final report*. The American Humane Association- Denver MARSHALL, W. L. y CHRISTIE, M. M. (1981). Paedophilia and aggression. *Criminal Justice and Behavior*, 8/2(145) o GATTI, U. (1988). Il minore vittima di violenza sessuale. En G. CANEPA y M. LAGAZZI (Eds.), *I Delitti Sessuali*. CEDAM, p. 138.

⁵³⁰ V. BELLIS, M. A., LOWEY, H., LECKENBY, N., HUGHES, K. y HARRISON, D. (2013). Adverse childhood experiences: retrospective study to determine their impact on adult health behaviours and health outcomes in a UK population. *Journal of Public Health*, 36(1), 81-91. <https://doi.org/10.1093/pubmed/fdt038>

⁵³¹ KESSLER, R. C., MCLAUGHLIN, K. A., GREEN, J. G. *et alii* (2010). Childhood adversities and adult psychopathology in the WHO World Mental Health Surveys. *British Journal of Psychiatry*, 197(5), 378-385. <https://doi.org/10.1192/bjp.bp.110.080499>

⁵³² GREENFIELD, E. A. (2010). Child abuse as a life-course social determinant of adult health. *Maturitas*, 66(1), 51-55. <https://doi.org/10.1016/j.maturitas.2010.02.002>.

Ciertamente, no es axiomática la relación entre experiencia sexual precoz y trauma, pero sí que se puede afirmar que toda relación sexual entre un menor y un adulto de cierta edad deja un poso o huella de experiencia singular en ese individuo de menor edad, con una más limitada (o inexistente aun) trayectoria de contactos sexuales, con una potencial trascendentalidad objetivamente superior para la formación de su criterio en el ámbito sexual que la que supone para una persona de mayor edad. El mayor desarrollo madurativo nos lleva a presumir que el sujeto posee, por el paso del tiempo y de las experiencias acumuladas, una menor permeabilidad emocional y personal ante un acontecimiento de esta naturaleza. Dicho de otra forma, mientras que para el menor ese contacto sexual puede ser “el momento” de mayor trascendencia en su escasa trayectoria sexual, para el adulto probablemente no pase de ser “un momento” más de un conjunto de previas experiencias. Y dicho punto de inflexión puede tener, objetivamente, una significación notoriamente diversa en uno y en otro caso.

Por ello, la indemnidad sexual del menor aparece un bien jurídico que se tutela ante la necesidad derivada de la propia dinámica madurativa y evolutiva del mismo en el plano sexual, que exige anticiparse por parte del Derecho Penal, en la medida de lo posible, a un resultado, si no lesivo en sentido estricto, sí prematuramente influyente en el desarrollo de su personalidad sexual. Si para ello, es preciso proteger al menor contra su voluntad (recordemos que el menor puede “querer” mantener la relación sexual con el adulto, y ser irrelevante ese consentimiento y voluntad para el Derecho Penal en atención a la reprensión de la acción sexual desarrollada), se hace prevalecer ese superior interés del menor de 16 años, por encima de su propia libertad sexual interactiva, que hasta esa

edad se encuentra en fase de desarrollo y solo se permite explorar válidamente al mismo con otros menores, o mayores de edad próximos cronológica y madurativamente (esencia de la cláusula del art. 183 bis CP).

Debemos apuntar cómo la evolución de nuestro Código Penal, especialmente desde la reforma de 2015, la ulterior reforma de 2021 aboliendo la esterilización de incapaces, y especialmente, desde la operada por la LOGILS, otorga al consentimiento del menor un papel cada vez más relevante. También se excluye cualquier posibilidad de limitar la actividad sexual y los resultados reproductivos respecto del discapacitado necesitado de especial protección.

Ciertamente, con una edad de consentimiento sexual de 13 años, antes de 2015, las conductas sexuales entre menores de 13 años, se mantenían en un plano de irrelevancia penal. Sin embargo, la elevación de la edad de consentimiento a 16 años, establecida una edad de responsabilidad penal en 14 años, lleva a una asincronía que trata de paliar, en parte –puesto que no es éste su único objetivo– el vigente art. 183 bis CP, fundamentalmente, porque elevar la edad de consentimiento supone ingresar en terrenos de evolución sexual interactiva que, hasta ese momento, no se transitaban frecuentemente⁵³³.

El libre desarrollo de la personalidad sexual es una manifestación, a nuestro juicio, de un concepto relacionado con la libertad sexual, pero no como un elemento predicativo de la misma, sino adicional y complementario.

⁵³³ En otras palabras, cuanto más se expanda la intervención penal en la represión de las conductas sexuales activas con menores, mayor prevalencia existirá en el plano casuístico (a mayor edad, la experiencia y experimentación sexual aumenta). Con menores de 13 años, los supuestos de interacción consentida son menos frecuentes que con 16 años, puesto que en ese intervalo temporal, la evolución y maduración sexuales son notorias.

Constituye un bien autónomo y digno de una tutela específica –en su denominación de indemnidad sexual–. Entendemos que sigue teniendo, a pesar de la reforma de 2022, un papel propio para explicar adecuadamente, en relación con la libertad sexual, el sistema actual de protección de los menores en el ámbito de los delitos sexuales en el Código Penal.

Si la indemnidad sexual fuera superflua y solo se acudiera a la libertad sexual para explicar los delitos contra menores de 16 años, resultaría difícilmente explicable, desde tal plano valorativo, por qué se castiga al adulto por la conducta del menor, por ejemplo, de 15 años de edad, que consiente mantener relaciones con una persona de mucha mayor edad, y se valida la misma acción objetiva con un próximo en edad y grado de desarrollo o madurez.

En ambos casos, el menor actúa desde la libertad sexual, pero en el primero, existe un elemento adicional a la libertad de decisión del menor, que actúa a modo restrictivo respecto del tercero que se relacione con el mismo, censurando su conducta. No es que el menor carezca de libertad sexual interactiva, es que se conjuga tal facultad con la indemnidad sexual, como una garantía del efectivo y adecuado desarrollo de la libertad sexual interactiva del menor, en el marco de un proceso de evolución psicológico y empírico de este.

Aun se puede reforzada más intensamente nuestra posición en los casos en los que se sanciona penalmente la elaboración de pornografía, respecto de un menor de edad pero mayor de 16 años que, por ejemplo, represente a dicho menor realizando una conducta sexual libremente concertada con otra persona (sea mayor de edad, sea menor).

No compartimos el concepto de indemnidad sexual como un sinónimo de intangibilidad. El menor no es un ser asexuado hasta los 16 años, y en efecto, las interacciones con una implicación sexual pueden existir, incluso con adultos⁵³⁴. Ahora bien, el Código Penal trata de preservar a los mismos de experiencias de sexualidad activa, que por prematuras y desequilibradas en la composición subjetiva de sus participantes, afecten al desarrollo de la personalidad sexual, que en un plano negativo debe entenderse como una ausencia de injerencias extemporáneas que distorsionen el curso ordinario que cada individuo requiere para progresar en esta materia. Desde nuestra concepción, la indemnidad no debe ligarse en forma alguna a cuestiones morales sexuales, sino, bien a la protección del desarrollo de la personalidad sexual de seres que están en una fase de constitución de sus bases emocionales y relacionales, bien también para preservar a las personas con ciertas manifestaciones de discapacidad de la instrumentalización de otros individuos.

Se puede pensar que si el “incapaz” para consentir solo lo es de una manera relativa (es decir, en función de con quién consienta la interacción) y no de una manera absoluta, el bien jurídico de la indemnidad sexual se desquebraja, a favor de una reformulación de la libertad sexual. No compartimos tal objeción. Precisamente, al contrario, si el menor puede decidir con quien relacionarse en una manifestación de su libertad sexual, y aun así, el ordenamiento no valida esa relación y castiga al adulto con quien la realiza, es precisamente porque se

⁵³⁴ Somos conscientes que el propio concepto de conducta sexual no es, ni mucho menos, unívoco; y que desde otros planos del conocimiento, como la sexología, se le procura una definición mucho más amplia que la que nos resulta penalmente interesante. No obstante, lo precisamos, para indicar cómo las conductas sexuales que nos interesan a estos efectos son aquellas de mayor lubricidad

protege un *aliud*, algo distinto de la libertad sexual del menor, como es la indemnidad en el desarrollo de la personalidad sexual del mismo.

Ahora bien, la pregunta clave es si es insuficiente la libertad sexual para explicar los casos en que un sujeto lleva a cabo una interacción sexual con menores de cierta edad (en este caso, de 16 años) o con los antaño incapaces, hoy incluidos en los llamados discapacitados necesitados de especial protección, sin que exista una expresa oposición de estos. Para nosotros, la respuesta es afirmativa. En la libertad sexual, además de una faceta positiva y negativa, creemos que se puede discernir, previamente, la cuestión de su completud o no. Las facetas positiva y negativa son valoraciones propias de una la libertad sexual íntegra o plena: libertad para involucrarse en una conducta sexual deseada (positiva), o para rechazar la que no lo es (negativa), son aspectos que pueden ser considerados desde un ejercicio activo de la libertad sexual.

Durante la fase de desarrollo de la libertad sexual, en el caso de los menores, hemos de diferenciar etapas. Antes de la pubertad, hay que presumir *iuris et de iure* que el menor carece de capacidad para ejercer una libertad sexual positiva (excepto las manifestaciones autorreflexivas o de auto-satisfacción). A la par, sí posee una libertad sexual negativa, para rechazar las conductas no deseadas, con independencia de su edad. Respecto de las no rechazadas pero no queridas, hay que considerarlas necesariamente ilícitas, puesto que se censura cualquier acto de naturaleza sexual con el menor.

Respecto de los sujetos que se hayan próximos a la edad de relevancia de consentimiento sexual (en el plano 13-16 años, especialmente), se debe reconocer

que poseen: una libertad sexual de proyección autorreflexiva plena; una libertad sexual de proyección interactiva limitada y una plena libertad negativa. Decimos una libertad limitada de proyección interactiva, porque no es irrelevante su consentimiento en todo caso, sino que precisamente, el mismo es causa de exclusión de la tipicidad cuando se otorga en una interacción entre personas de proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

En efecto, los menores de 16 años, con diferencias de edad entre ellos, poseen un diverso grado de libertad sexual interactiva, pero mismo grado de indemnidad sexual. Es decir, el consentimiento de ambos es igualmente irrelevante (caso de poseer libertad para su formación) en el caso de que con quien se relacionen sea una persona con una diferencia en edad y grado de desarrollo o madurez. No todo es una cuestión de libertad, sino de desarrollo de la personalidad sexual adecuado a la capacidad del individuo, que requiere de la indemnidad sexual como una garantía reforzada de su libertad sexual.

La comprensión de la libertad sexual como el derecho de toda persona a ejercer la sexualidad en condiciones de libertad, entendiendo que respecto de los menores, no acaecen dichas “condiciones de libertad” no ofrece un encaje adecuado con el actual modelo protector del Código Penal, en el que se conjuga una libertad relativa como una indisponibilidad absoluta del bien jurídico, en función de aspectos relacionales o comparativos (es decir, según si el otro individuo es o no próximo en edad y desarrollo o madurez). Definir el concepto de libertad sexual del menor como ausencia de condiciones de libertad, en suma, puede llevarnos a una tautología.

No debe confundirse libertad sexual con autoconciencia sexual, en tanto que se pudiera afirmar que quien no es consciente de su sexualidad y de las manifestaciones de esta, no tiene libertad sexual. A nuestro juicio, de forma diferente, quien no es consciente en la esfera sexual, sí tiene una libertad sexual negativa, y tiene una carencia de la positiva que impide que pueda desarrollarse, para con tal persona, una conducta sexual lícita. Ello no es indemnidad sexual, es carencia de libertad sexual positiva interactiva⁵³⁵.

Una consideración en la línea argumental favorable a la existencia de un solo bien jurídico –la libertad sexual– radicaría en una cuestión gramatical suscitada con la LOGILS, cuando en la propia rúbrica del Título VIII del Libro II desaparece la referencia a la indemnidad sexual en el título. Sin embargo, no nos parece un argumento suficientemente sólido para desechar la presencia, autonomía y funcionalidad de este bien jurídico. En primer lugar, porque la supresión nominal de un concepto no implica que éste desaparezca como bien jurídico protegido por los preceptos que, hasta ese momento, se estipulaban bajo su rúbrica. Podría pensarse quizá en una forma de derogación tácita (art. 2.2 CC). No obstante, no entendemos que haya tenido lugar aquella, por cuanto la reforma de la LOGILS afecta solo tangencialmente a la regulación de los delitos sexuales contra menores, y lo hace en la medida que reformula (aquí sí, de una manera integral) los delitos contra mayores de 16 años. La supresión tácita de la tutela de un bien jurídico por el Derecho Penal (aspecto que es perfectamente asumible, desde el carácter fragmentario de esta rama del ordenamiento) requeriría a nuestro juicio que existiera una contraposición del modelo

⁵³⁵ Sobre la cuestión del ejercicio activo de la sexualidad y discapacidad, nos remitimos a la Parte III de esta Tesis.

implementado por la nueva norma, frente a la anterior (atendiendo a la dicción del invocado precepto del Código Civil). No es este el caso⁵³⁶.

A mayor abundamiento, las referencias a la indemnidad sexual se siguen manteniendo en el Código Penal en otros preceptos, sin que sea necesariamente un “olvido”⁵³⁷ del legislador. Incluso si lo fuera (algo que es mucho suponer) no sería en ningún caso determinante de una derogación de la protección del bien jurídico de la indemnidad sexual.

Existe, somos conscientes, un cambio complejo de nuestro ordenamiento, en una forma de evolución de un modelo de protección incondicionada, basado en una incolumidad sexual de ciertos sujetos por razón de edad o aptitudes psicofísicas, que debían quedar absolutamente ajenos al ámbito de la sexualidad interactiva, frente a un sistema que preserva ciertos márgenes de validez y capacidad de actuación autónoma de dichos individuos, concibiéndose, como expresión del libre desarrollo de la personalidad sexual, y en caso de adultos con discapacidad, en vez de desarrollo, como forma de ejercicio de la libertad sexual positiva interactiva en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos.

⁵³⁶ Si sería diferente nuestro planteamiento si los delitos sexuales contra menores de 16 años hubieran perdido su identidad, en el sentido que se proyecta en el Capítulo II bis del Título VIII. En la medida que exista una formulación específica de la agresión sexual al menor, como delito autónomo en el Capítulo II bis, frente a los tipos de los arts. 178 y ss. CP, entendemos que existe una razonable interpretación favorable a la coexistencia, junto con la libertad sexual, de una tutela de la indemnidad sexual, que encuentra una vía de expresión –no única, pero sí trascendente– en esa diferencia específica de tratamiento.

⁵³⁷ Sobre los defectos técnicos legislativos, resulta muy ilustrativo SANZ PÉREZ, A. L. (2012). Apuntes sobre la técnica legislativa en España. *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 26, 11-38. Particularmente relevante, a nuestro juicio, es la propia alusión a la indemnidad sexual en el art. 188.5 CP, dentro de este Título VIII del Libro II. Ello, junto con la existencia de numerosas referencias (arts. 57.1, 74.3, 89.4.a, 90.3, 129 bis, 132.1, 166.2.b, 570 bis 3, 573.1 CP), no entendemos que puedan no son intrascendentes para sostener la pervivencia de la idea de indemnidad sexual en nuestro texto penal.

Ahora bien, todo ello no es incompatible, sino que lejos de lo anterior, requiere para su explicación adecuada, de la correlación entre la libertad y la indemnidad sexuales, como conceptos autónomos y que se desarrollan adecuadamente de manera conjunta.

Respecto de las opciones interpretativas de otros autores, se han analizado peculiarmente las que hemos estimado más relevantes o interesantes, especialmente las discrepantes con nuestro planteamiento, en la perspectiva de un conocimiento amplio y enriquecedor de exégesis de esta materia, por cuanto es muy nutritivo para el Derecho Penal la existencia de una diversidad de interpretaciones, que ayudan a una depuración progresiva de las ideas. Sirvan, así, en atención a no reiterarnos, las matizaciones u objeciones formuladas, en su caso, a los desarrollos que se contraponen con la perspectiva en la que este trabajo doctoral se sustancia.

Por último, a modo de conclusión de la relación entre el binomio libertad-indemnidad sexuales y los conceptos de la moral sexual colectiva, entendemos justificada la evidencia de que se trata este último de un elemento intrínseco e indefectible a cualquier regulación del Derecho Penal sexual. Ahora bien, el peso específico o preponderancia de los conceptos morales, a la hora de la concreta plasmación de las figuras penales, de la respuesta punitiva y de las medidas de seguridad posteriores (véase, la libertad vigilada, medida actualmente cardinal en materia de delitos sexuales) es perfectamente graduable.

De hecho, existen preceptos en el Título VIII en los que la presencia de los criterios de moral sexual colectiva es detectables con claridad, como son los

castigan autónomamente ciertos actos preparatorios (*child grooming o sexting*), las definiciones de pornografía infantil o el propio concepto de “exhibición obscena” que se refiere en el art. 185 CP en el delito de exhibicionismo.

Por otra parte, además de que la LOGILS trae consigo una fuerte carga de moral sexual, en este caso, de corte identitario⁵³⁸, las iniciativas legislativas en curso durante la culminación de esta tesis doctoral apuntan a un incremento constante de la presencia en las modificaciones del Código Penal de una moral sexual ligada a ciertos grupos de presión o *lobbies* (especialmente, en el ámbito del feminismo antisexo) que están ganando la partida a otras perspectivas.

El Derecho Penal puede y debe optar por una presencia de la moral sexual restringida, limitada exclusivamente a unas condiciones básicas sobre las que existe un consenso social mayoritario, a la hora de abordar la regulación penal de la materia.

Una de ellas, en efecto, es la necesidad de protección reforzada de los menores y la ausencia, respecto de los mismos, de capacidad para consentir válidamente las relaciones sexuales con adultos, más allá de que concretamente la puntual relación de tales individuos pudiera, en un caso señalado, no ser

⁵³⁸ Cfr. N. 16 de esta tesis. También en los términos de SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2020). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3.ª ed.). Edisofer, pp. 66-69, cuando acude a la expresión *Atypische Moralunternehmer* o “gestores atípicos de la moral”, para referirse a los grupos de presión social que tratan de obtener la positivización legislativa de sus intereses y a los que atribuye un papel causal en la expansión del Derecho Penal. En el mismo sentido y referenciando al anterior autor, se pronuncia GIMBERNAT ORDEIG, E. (2004). Prologo a la décima edición. En E. GIMBERNAT ORDEIG y E. MESTRE DELGADO. *Código Penal* (10.ª ed.). Tecnos.

nociva para ninguno de los intervinientes. Ahí, en la prohibición genérica (con la salvedad del art. 183 bis CP), se expresa un criterio de moral sexual que podemos compartir.

Disentimos, no obstante, tanto en la elevación de la edad de consentimiento sexual hasta los 16 años, por las razones ya enunciadas, así como en la extralimitación o exacerbación de las normas, como el caso de la pornografía realista, que consideramos que no solo no protege a los menores en concreto (ya que ninguno se ve específicamente afectado), sino que la propia regulación actúa como factor propiciatorio de la perpetración de las conductas de mayor entidad, cuando equipara tal clase de pornografía a la real, a los efectos terminológicos de la tipificación, y en el plano de las consecuencias jurídicas de las conductas de pornografía tipificadas en el art. 189 CP.

**PARTE TERCERA.- BASES CONCEPTUALES DE LA TEORÍA DEL
CONSENTIMIENTO SEXUAL Y DE LA EVOLUCIÓN DE SU
TRATAMIENTO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.**

CAPITULO I.- AUTODETERMINACIÓN Y CONSENTIMIENTO SEXUALES. RELACIÓN ENTRE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN EL TÍTULO VIII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL Y TALES CONCEPTOS.

1. Introducción.

La dignidad humana constituye el valor fundamental que a todo ser humano se le reconoce en el modelo del Estado democrático de Derecho. La libertad de los individuos que integran una comunidad humana, sin más limitaciones que el respeto a la Ley y a los derechos correlativos de los demás partícipes, constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, como recuerda el art. 10 de la Constitución Española de 1978.

Como señala la STC 53/1985⁵³⁹, *“la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”*, calificando tal atributo como *“valor espiritual y moral inherente a la persona”*, que se reconoce a todos los individuos por su mera existencia y con independencia de su nacionalidad⁵⁴⁰ o edad.

Por tanto, la dignidad solo puede entenderse asumiendo la intrínseca capacidad del ser humano para autoderminarse de forma consciente, esto es, de acuerdo con su propio desarrollo y aptitudes psicofísicas –fluctuantes a lo largo de la vida de la persona– y de manera responsable. En coherencia con la libertad

⁵³⁹ V. STC 53/1985, de 11 de abril (ECLI:ES:TC:1985:53), FJ 8º.

⁵⁴⁰ V. STC 242/1994, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1994:242), FJ 4º.

de acción, nace la consecuencia de la capacidad del individuo para dirigir su conducta a la producción de resultados, puesto que voluntad y finalidad son elementos sinónimos⁵⁴¹.

Precisamente, la dignidad del individuo y su capacidad de obrar conforme a su voluntad⁵⁴², determinan la existencia de márgenes de decisión respecto de ciertos elementos dignos de protección por el ordenamiento, a los que llamamos bienes jurídicos susceptibles de disposición. Mientras que existen ciertos elementos, que se erigen en “bienes sociales vitales fundamentales de la comunidad”⁵⁴³, elevados a la consideración de “bienes jurídicos”, sobre los que el individuo concreto carece de capacidad de disposición⁵⁴⁴ (particularmente, los bienes colectivos⁵⁴⁵; y también algunos individuales, que el Derecho excluye de la plena disposición del sujeto, por coexistir intereses públicos en su tutela), otros bienes permiten que el individuo, libremente, forme su voluntad en cuanto a perfilar los contornos y límites en los que pretende desarrollar su ejercicio. En consecuencia, respecto de estos últimos, el Derecho Penal intervendrá

⁵⁴¹ Al menos, para WELZEL, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht* (11.ª ed.). Walter de Gruyter, pp. 35-36, de lo que participa CEREZO MIR, J. (2004a). *Curso de Derecho Penal español: Teoría jurídica del Delito* (Ed. 6ª, Vol. 2). Tecnos Editorial, p. 33.

⁵⁴² Como refiere NINO, C. S. (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Ariel, “en lo que al principio de dignidad de la persona concierne, lo que se prescribe es que la decisión sea considerada como parte del plan de vida del individuo, y que por lo tanto (y aquí interviene el principio de autonomía) se mantengan, en cuanto ello sea posible sin violar otros principios, las consecuencias de la acción voluntaria que el individuo previó al decidir actuar e incorporó, por lo tanto, a ese plan de vida”.

⁵⁴³ V. CEREZO MIR, J. (2004a). *Curso de Derecho Penal español: Introducción* (Ed. 6ª, Vol. 1). Tecnos Editorial, p. 13.

⁵⁴⁴ V. CHANG KCOMT, R. (2015). Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución. *Themis-Revista de Derecho*, 67, 205-216.

⁵⁴⁵ V. DOVAL PAÍS, A. (1994). Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios. En *Intereses difusos y Derecho Penal- Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ.

exclusivamente en la medida que sean lesionados⁵⁴⁶, frente a la falta de consentimiento del sujeto pasivo.

En la medida que este estudio aborda la cuestión del libre consentimiento en materia sexual, que actúa como presupuesto para la aplicación de la cláusula del art. 183 bis CP y se presenta actualmente como una cuestión conflictiva a la luz de las tensiones que se han sucedido en los últimos años, entorno a la cuestión del potencial establecimiento de un modelo de consentimiento sexual afirmativo en nuestro ordenamiento jurídico (el modelo “solo sí es sí” o “*yes model*”), debemos comenzar analizando la capacidad de autodeterminación, como sustrato en que se fundamenta el consentimiento sexual, para continuar nuestro estudio en pos de una valoración sistemática de los elementos que integran tal consentimiento.

Es cierto que, aunque nuestro principal interés es la relación de los menores y las manifestaciones de su actividad sexual con terceros, no podemos sustraernos de efectuar algunas consideraciones sobre el concepto del consentimiento y sus elementos (objeto, sujetos intervinientes y forma), fundamentalmente, porque el consentimiento libre del menor no es distinto en su esencia del consentimiento del adulto, ni existe un consentimiento *sui generis* del menor.

⁵⁴⁶ Compartimos la interpretación de IÑIGO CORROZA, E. (2022). El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXV, 172-203, cuando entiende el consentimiento, en estos casos, “como la manifestación externa de la aceptación o habilitación por parte del titular del bien jurídico a un tercero para intervenir sobre el bien jurídico del que es titular”

Por ello, no cabe plantear una reflexión sobre la cláusula de consentimiento en la que no se profundice sobre sus elementos y la particular significación que en Derecho Penal posee el consentimiento en el ámbito sexual.

Cuando hablamos de “consentimiento sexual”, se trata de una forma de expresar algo que abarca desde la mera tolerancia hasta una conducta sexual particularmente deseada con un tercero, como el verdadero ejercicio de una libertad personal que admite muchos matices, a través de un conjunto de acciones encaminadas a la interacción con otra/s persona/s en un plano de intenso contexto sexual.

La manifestación de un consentimiento sexual válido, a estos efectos, generalmente suele vincularse al deseo sexual, pero en ocasiones, está condicionado por otros factores de la vida social, que hacen que no siempre la expresión o exteriorización expresen un deseo sexual, sino un deseo de complacer o tolerar, consintiendo. A efectos penales, es sin embargo, perfectamente válido. En un plano emocional, puede no serlo, pero no es una cuestión que nos afecte en el plano jurídico. No cabe duda que el objeto del Derecho Penal es la tutela de la libertad e indemnidad sexuales, como bienes jurídicos, no de la satisfacción o placer sexual.

Por ello, la semántica del término consentimiento es muy amplia, debiéndonos centrar en lo característico y propio del consentimiento sexual, en lo nuclear del elemento, precisamente por las diferencias profundas con el consentimiento contractual, que inspira los modelos de consentimiento sexual afirmativo.

2. La capacidad de autodeterminación como presupuesto del consentimiento sexual.

En el ámbito de la sexualidad, como actividad humana que cumple diversas funciones (culturales, relacionales y de carácter biológico), el presupuesto inicial del que ha de partirse es el de la concurrencia en la persona de una capacidad suficiente para poder autodeterminarse y adecuar su conducta a sus propios criterios, llevándole la decisión que adopte en dicho ámbito, en su caso, a involucrarse o a rechazar en una actividad con contenido sexual. La autodeterminación sexual entronca con la manifestación un derecho a la “libertad cognitiva”⁵⁴⁷, una reconfiguración para IENCA Y ADORNO (2017)⁵⁴⁸ de la clásica “libertad de pensamiento”⁵⁴⁹.

Es evidente, a estas alturas del saber en la ciencia médica (en concreto, desde la psiquiatría más biologicista), que los procesos de pensamiento y determinación del individuo se rigen, en una base sustancial, por dinámicas cerebrales, de carácter fisiológico y neuroquímico, particularmente focalizados – aunque no exclusivamente, sí con especial interés– en la corteza prefrontal del cerebro. En relación con las emociones, es relevante la aportación de HOAKEN, ALLABY Y EARLE (2007, pp. 412 y ss.)⁵⁵⁰, en que se desarrollan modelos de

⁵⁴⁷ Es un término actualmente empleado desde el ámbito de la bioética, proveniente de estudios de las neurociencias, para describir una facultad personalísima de no injerencia de terceros en el ámbito de los procesos mentales.

⁵⁴⁸ V. IENCA, M. y ADORNO, R. (2017). Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. *Life Sciences, Society and Policy*, 13(5).

⁵⁴⁹ Preconizada en la DUDH, art. 18, cuando refiere «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión...», en relación con el art. 12 del mismo texto, al señalar que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada».

⁵⁵⁰ V. HOAKEN, P. N. S., ALLABY, D. B., y EARLE, J. (2007). Executive cognitive functioning and the recognition of facial expressions of emotion in incarcerated violent offenders, non-violent offenders, and controls. *Aggressive Behavior*, 33(5), 412-421.

correlación entre la función de esta capa cerebral con la formación de las emociones y su desarrollo hacia conductas positivas o agresivas.

Más allá, son diversos los estudios que abordan los procesos físicos y químicos que intervienen en la actividad sexual, que se constituye, simplificada a nuestros efectos, en un engranaje de cientos de actividades hormonales, fisiológicas y anatómicas a modo de micro-procesos⁵⁵¹ que conducen como resultado final a alguna modalidad de interacción sexual, en alguna de las diversas manifestaciones que resultan relevantes al objeto del Derecho Penal sexual⁵⁵².

⁵⁵¹ Es referencial, por lo exhaustiva y compendiosa, la aportación de ROMI, J. C. (2005). Bases neurobiológicas de la conducta sexual. *Psiquiatría Forense, Sexología y Praxis*, 5(1), 43-77.

⁵⁵² Lo cual, actualmente, es difícil de precisar, en la medida de que ni siquiera existe un consenso claro sobre el concepto de “acto sexual” o acciones “con significación sexual”. Como ya advierte DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1982). *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Bosch, pp. 374-375; *idem* (1985). *La protección de la libertad sexual* (1.ª ed.). Bosch, p. 122, “no existe un ámbito de comportamiento sexual”, lo que impide una nomina tasada de actos de naturaleza sexual. Como destaca este autor, lo característico es la apreciación, para las conductas que no sean unívocas, de un elemento subjetivo de lo injusto adicional, consistente en la actuación por el sujeto activo con la tendencia sexual o ánimo lubrico. Tal elemento adicional de lo injusto, en el plano subjetivo, también lo predicen, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2022a). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE, y M. A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2ª Ed., pp. 199-220). Editorial Comares, p. 202; MONGE FERNÁNDEZ, A. (2022). De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP). En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, P. ESQUINAS VALVERDE (Dir.); M. A. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 253-335). Aranzadi. La doctrina del Tribunal Supremo ha sido, desde hace años, continua y estable en cuanto a la negativa de la apreciación del ánimo lúbrico, como elemento subjetivo adicional de lo injusto de los delitos sexuales (abuso y agresión sexuales, antes de la LOGILS), por todas, SSTS nº 132/2013, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2013:1431); nº 737/2014, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4732), nº 957/2016, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5492); nº 613/2017, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:4882); nº 534/2020, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3808), nº 659/2020, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4449), entre otras. En sentido contrario, a favor de exigir el elemento subjetivo del ánimo libidinoso, v. SSTS nº 647/1998, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:1998:2935), y anteriores, de 28 de enero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:410); 10 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:12198), entre otras.

En el ámbito jurídico-penal, los procesos internos que sirven a la formación del consentimiento resultan relevantes en la medida de la existencia, en el individuo, de unas aptitudes cognitivas y libertad de voluntad suficientes para poder concebirle como sujeto activo en la esfera de la autodeterminación, es decir, capaz de autodeterminarse. El consentimiento sexual –especie– es el producto de tal autodeterminación sexual –género–. Solo desde la capacidad de autodeterminarse, dicho de otro modo, se puede asumir la existencia de un consentimiento sexual, en sentido estricto, respecto de otro u otros individuos, en una actividad concertada o que se concierta de una manera progresiva.

Nuestro ordenamiento, como sucede en los demás sistemas jurídicos, no analiza la capacidad de autodeterminación de una manera singular, individuo a individuo para darle un marchamo inicial de validez a las expresiones de sus consentimientos sexuales (criterio de discernimiento). Precisamente, por lo incierto en razón a la seguridad jurídica de tal ponderación, el ordenamiento ha de partir de un criterio cronológico que señale el umbral mínimo de aptitudes para la autodeterminación sexual ligadas a la maduración y desarrollo del individuo en dicha edad.

De esta forma, se fija la “edad de consentimiento sexual” como igualmente se fija en Derecho otras edades relevantes, el hito cronológico en el que el Derecho Penal entiende que una persona tiene abstractamente capacidad para poder formar una voluntad en materia sexual que valide la interacción con un tercero.

Enfatizamos en el concepto abstracto, puesto que la autodeterminación es un elemento que se mueve en tal esfera, mientras que el consentimiento siempre

es una expresión de voluntad concreta, sustentada en la base de la autodeterminación sexual, pero que se desarrolla en un marco temporo-espacial y relacional determinado. A continuación, fijado el presupuesto de libertad cognitiva, vamos a abordar la cuestión del consentimiento, como manifestación concreta de tal facultad en la materia sexual.

3. El consentimiento como concepto con especial significación en el ámbito penal.

El concepto de “consentimiento” es uno de los elementos nucleares del ordenamiento jurídico en diferentes sentidos y acepciones, fundamentalmente, porque el Derecho se fija entorno a la centralidad del ser humano y de sus manifestaciones de voluntad con efectos en el propio sistema (actos jurídicos), así como en los acuerdos o pactos desarrollados con otros sujetos (negocios jurídicos). Históricamente, ya el Digesto (D.47.10.1.5) viene a recoger el axioma atribuido a ULPiano, *nulla iniuria est, quae in volentem fiat*.

En el ámbito civil, la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión, ha desarrollado ampliamente el concepto al ser eje central de una de las ramas más relevantes del Derecho privado general, como es el ámbito de las obligaciones y contratos⁵⁵³, que ofrece el art. 1262 del Código Civil español una definición, cuando expresa que “*el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la*

⁵⁵³ Es un elemento central de la dogmática patrimonial civil, debiéndonos referir, entre otros, por autores como LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii (2005). *Elementos de Derecho Civil: Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*. II. V.2 (3ª Ed.). Dykinson, XXX; CASTÁN TOBEÑAS, J. (2008). *Derecho Civil español, común y foral* (G. GARCÍA CANTERO, Rev.; 17ª Ed.), Reus, p. 747.; SÁNCHEZ CALERO, F. J. et alii (2022). *Curso de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (12ª Ed.). Tirant lo Blanch, p. 151; LASARTE, C. y LEONSEGUI GUILLLOT, R. A. (2022). *Curso De Derecho Civil Patrimonial* (27ª Ed.), Tecnos, p. 337.

aceptación sobre la cosa y la causa que han constituir el contrato". También se ha definido el consentimiento como "el acto por el cual alguien le da a una decisión cuya iniciativa tuvo otro, la adhesión personal necesaria para pasar a la ejecución"⁵⁵⁴.

No obstante, la perspectiva *iusprivatista* del concepto de consentimiento, desde la concepción de una mera "tolerancia" de la conducta de un tercero, una aquiescencia o aceptación de la actuación del otro integrante, no capta adecuadamente la esencia de las interacciones sexuales humanas presididas.

Si bien la cultura heteropatriarcal siempre ha identificado el sexo como una herramienta de poder y control del hombre sobre la mujer, convirtiendo a esta última en un sujeto pasivo de la acción sexual⁵⁵⁵, actualmente, en el marco de una sociedad igualitaria y moderna, las relaciones sexuales –en sus diversas formas y composiciones subjetivas– deben concebirse desde la teórica libertad e igualdad de los integrantes, abstractamente, para involucrarse en la conducta y participar de la misma. Por tanto, la presentación del consentimiento sexual como una mera tolerancia del actuar del otro u otros, no representa adecuadamente el nivel de implicación y de acción desarrollado habitualmente por los intervinientes en un contacto sexual.

⁵⁵⁴ Apud FRAISSE, G. (2011). *Del consentimiento*. Palinodia.

⁵⁵⁵ Sobre esta cuestión, por el tratamiento minucioso que realiza, debemos remitirnos a OSBORNE, R. (2008). «El poder del amor»(o las formas sutiles de la dominación patriarcal). En P. LAURENZO COPELLO, M. L. MAQUEDA ABREU y A. M. RUBIO CASTRO (Coords.), *Género, Violencia y Derecho* (pp. 179-194). Tirant lo Blanch.

En efecto, el acuerdo de voluntades, en materia contractual civil, se ha sustentado en cuatro elementos fundamentales, a saber: i) capacidad para consentir –base de aptitudes biopsíquicas–; ii) ausencia de vicios del consentimiento; iii) expresión o positivización de dicho consentimiento; iv) ausencia de divergencias entre la voluntad expresada y la obrante en el fuero interno del sujeto (lo que da lugar a los clásicos supuestos de obrar en reserva mental o de la divergencia -consciente o inconsciente- entre la voluntad referida y la interna -con los casos de *lapsus linguae* o errores en la declaración-). Todos estos elementos se pueden predicar de la obligación contractual, pero en el ámbito sexual en absoluto podemos sostener estos planteamientos, ni tan siquiera aunque hubiera existido un acuerdo previo sobre la acción sexual.

En la materia penal, el consentimiento no es más que una forma gramatical de expresar jurídicamente la determinación de la autonomía de la voluntad, en este caso, en el ámbito sexual. Tiene una relevancia esencialmente debido a su eficacia excluyente de la responsabilidad en varios planos: en ocasiones, como causa de exclusión de la tipicidad⁵⁵⁶, en otras como causa de exclusión de la

⁵⁵⁶ Es necesario traer a colación la aportación en este sentido de ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B. (2014). *El consentimiento en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, pp. 116-146. Tratándose de una obra monográfica extensa y sumamente interesante a estos efectos, debemos extraer cómo la autora disecciona con meticulosidad los soportes doctrinales del consentimiento en Derecho Penal, desde la dicotómica perspectiva enunciada. En este sentido, en pos de la concepción de causa de exclusión de la antijuridicidad de la conducta, cita la referida autora a ZITELMANN (con su concepción del consentimiento como un negocio jurídico, que transmite al tercero la posibilidad de afectar el bien jurídico protegido), a MEZGER (desde la perspectiva de la Teoría de la Ausencia de interés, en la medida que el consentimiento se constituye en expresión de la ausencia de interés en la tutela del bien jurídico protegido por el Estado); frente a posición favorable a considerar el consentimiento como una causa de exclusión de la tipicidad, especialmente desde ROXIN. El autor concluye textualmente cómo “el consentimiento suprime el desvalor del resultado, y como el tercero que realiza la injerencia no busca la producción de ningún resultado disvalioso, ha de entenderse también inexistente el desvalor de la acción”, con lo que, la inferencia necesaria nos conduce a la atipicidad de la conducta que se trate. En este sentido, atendiendo a lo explicado por Escudero, concebimos cómo Roxin postula cómo el Derecho Penal no puede atribuirse una tuición superior a la que el sujeto titular del bien jurídico protegido desea para el mismo. Ello se puede expresar, como lo hace esta autora, mediante diversos ejemplos extraídos del conspicuo penalista alemán, que son vividas muestras, a nuestro juicio, del *ius abutendi*

antijuridicidad de la conducta. Residualmente y según la concepción dogmática de algunos autores, la esfera de la culpabilidad e incluso de la punibilidad de las conductas. BOLDOVA PASAMAR (2021a, p. 2)⁵⁵⁷ recuerda que para consentir válidamente sobre un acto que implique la disposición respecto de un bien jurídico, con exclusión de responsabilidad penal, basta con carácter general que el sujeto que desarrolla el acto presente una capacidad natural de juicio respecto de la acción que está efectuando, y que el bien sea jurídicamente disponible.

En este sentido, aunque se estudiará en la parte IV de esta tesis, se anticipa la existencia de posturas favorables a la operatividad del consentimiento exclusivamente como causa que excluye la tipicidad o la antijuridicidad (teorías monistas), las que apuestan por teorías dualistas (causa de atipicidad y de justificación, en diversos supuestos)⁵⁵⁸ e incluso, posturas tripartitas (causa de

del titular. La concepción de ROXIN parte de una primacía de la voluntad de los titulares de los bienes jurídicos, negándose por ello el interés de protección pública y consecuente intervención punitiva, sino que concibe, en ciertos casos, que se trata de una manifestación de libre expresión o desarrollo del individuo.

⁵⁵⁷ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc>. También SEGURA GARCÍA, M. J. (1999). *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, pp. 26-27 y HERNÁNDEZ PALENCIA, J. U. (2016). El consentimiento. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M. A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal Parte Especial* (2.^a ed., pp. 254-256). Comares, p. 254.

⁵⁵⁸ V. ROXIN, C. (2015). *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos* (2.^a ed.). Civitas, siguiendo a GEERDS (1954), diferencia entre “acuerdo” y “consentimiento”. El autor llama “acuerdo” al concierto de voluntades entre sujetos que, en caso de no existir, llevarían a una acción típica por actuación “en contra o sin la voluntad del lesionado”, de manera que tal pacto entre los individuos excluye la tipicidad de la conducta. Ejemplifica con el delito de violación, en tanto que, si existe acuerdo entre dos sujetos para mantener una relación sexual con penetración, no se produce la acción sexual en contra o sin la voluntad de la persona implicada, y por tanto, tal entendimiento sustrae del Derecho Penal la conducta. Frente a ello, concibe el “consentimiento”, en sentido estricto, como la permisión prestada por el portador de un bien jurídico, que permite, en una ponderación de intereses (v. el delito de daños, señala Roxin), la prelación de la libertad dispositiva del titular frente a la protección de la lesión del bien jurídico. En este mismo sentido, favorable a posturas dualista, la práctica totalidad de la doctrina alemana, desde WELZEL, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht* (11.^a ed.). Walter de Gruyter, p. 95; JESCHECK, H. H., y WEIGEND, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal: Parte general* (M. Olmedo Cardenete, Trad.; 5^a Ed.). Alianza Editorial, § 34; STRATENWERTH, G. y KUHLEN, L. (2011). *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat*. Vahlen, § 9/3 ss.

atipicidad, de justificación y de exclusión del ilícito penal tipificado, pero no de la posible responsabilidad jurídica extrapenal)⁵⁵⁹.

Nuestro análisis del consentimiento se enfoca de una manera directamente relacional con la propia concepción dual de los bienes jurídicos protegidos a través de las figuras del Título VIII del Libro II CP. El libre voluntad es, en primer término, el presupuesto esencial que determina la frontera de intervención del Derecho Penal en materia sexual respecto de los mayores de 18 años, en razón precisamente de su disponibilidad plena para el ejercicio interactivo de su libertad sexual en su faceta positiva.

Entre los 16 y 18 años, se produce un tránsito entre la protección reforzada del menor (indemnidad sexual) y el pleno ejercicio de la libertad sexual positiva, en la medida que el menor de edad (mayor de 16 años) está capacitado para poder prestar válidamente su consentimiento para casi todo tipo de acciones sexuales, salvo dos aspectos. Por una parte, la prostitución, en tanto que se prohíbe penalmente, respecto de menores de 18 años, el conjunto de conductas relacionadas con su explotación sexual (aunque sea con su voluntad). Por otra, sucede lo mismo con la pornografía, en cuanto que todos los menores están protegidos respecto del extenso elenco de conductas del delito del art. 189 CP.

En todo caso, el consentimiento libre se erige como una condición necesaria –pero no suficiente– para validar las relaciones sexuales de personas menores de 16 años, con otras personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez

⁵⁵⁹ V. LUZÓN PEÑA, D. M. (2012). El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. *Revista General de Derecho Penal*, 18, 1- 48, pp. 13 y ss.

físico y psicológico (esto es, los sujetos abarcados por el ámbito del art. 183 bis CP). Sin embargo, el consentimiento del menor en las relaciones con adultos en situaciones claras de asimetría cronológica carece de relevancia.

En todo caso, tanto para adultos y para menores, el hecho de “no consentir”, que implica, no solo el rechazo expreso al comportamiento, sino también la ausencia de un consentimiento, así como el silencio o la conducta pasiva (dejarse hacer sin más aditamentos) constituyen manifestaciones de la libertad sexual negativa, que se reconoce a todo aquel que tenga capacidad natural de juicio.

4. Relación entre los bienes jurídicos implicados y el consentimiento sexual: márgenes de disposición en el ámbito de la libertad sexual frente a la indemnidad sexual.

Efectuada la anterior matización, conviene acercarnos a los postulados de BINDING (1872, p. 193)⁵⁶⁰, cuando sostiene que el bien jurídico puede concebirse como *“todo aquello en cuyo mantenimiento inalterado e incólume el Derecho positivo tiene un interés”*, de forma que los objetos concretos de tutela de las normas constituyen el capital de bienes del ordenamiento jurídico, partiendo de la observación de la realidad existencial, para dar lugar a su regulación positiva. POLAINO NAVARRETE (1974, p. 109)⁵⁶¹ afirma, respecto la teoría bindingniana que debe concebirse el bien jurídico con la intrínseca concepción de la potencialidad

⁵⁶⁰ Como en este sentido se extrae de BINDING, K. (1872-Reeditado en 2012) *Die Normen Und Ihre Ubertretung, Eine Untersuchung Uber Die Rechtmassige Handlung Und Die Arten Des Delikts*. Helsinki, Finlandia: Nabu Press, p. 193.

⁵⁶¹ En POLAINO NAVARRETE, M. (1974). *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Universidad de Sevilla.

de su lesión, puesto que solo se conciben como tales, aquellos elementos “susceptibles de aniquilamiento o disminución”.

En otro orden, para VON LISZT (1886, p. 671 y ss.)⁵⁶² se parte de que los bienes jurídicos se constituyen por intereses humanos, preexistentes a la norma, con un origen independiente del Derecho positivo, y por tanto, con capacidad para moldear su contenido, con un fuerte influjo, en tal definición, de la perspectiva de la Política criminal. En adición a lo señalado, los bienes jurídicos pueden ser catalogados como individuales o de proyección individual (la vida, integridad física, la libertad e indemnidad sexuales); frente a bienes colectivos o supraindividuales (el medioambiente, el orden económico, la seguridad colectiva o del Estado). Respecto de los primeros, se reconoce generalmente un cierto margen de disponibilidad.

De tal manera, BACIGALUPO ZAPATER (1987, pp. 238-239) viene a preconizar la atipicidad de la conducta en los casos del consentimiento del titular del bien jurídico individual protegido, entendiendo que “la acción sólo realiza el tipo en la medida que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico”⁵⁶³. Esta postura resulta especialmente convincente respecto de la libertad sexual, por cuanto es un bien eminentemente individual, en una manifestación del desarrollo de la personalidad.

⁵⁶² Citado en POLAINO NAVARRETE, *Op. cit. supra*, p. 113.

⁵⁶³ En BACIGALUPO ZAPATER, E. (1987). *Derecho Penal. Parte General* (2.^a ed.). Hammurabi.

Respecto de los bienes jurídicos colectivos, recuerda LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1999, p. 11)⁵⁶⁴ que se predica su indisponibilidad, respecto a su protección penal, por parte de individuo alguno en concreto, precisamente por el carácter colectivo de los mismos.

Para nuestro peculiar objeto de análisis, en relación a lo expuesto, en la medida que se predique que mediante la tutela de los delitos previstos en el Capítulo II bis y Capítulo VI, del Título VIII del Libro II del Código Penal se trata de preservar la indemnidad sexual de los menores de edad, como elemento diferencial de la libertad sexual, hemos de plantearnos la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, en clave de su disponibilidad o indisponibilidad.

La libertad sexual del adulto es esencialmente un bien jurídico individual, y por ende, plenamente disponible por parte de su titular en el ejercicio tanto de su propia sexualidad en autonomía como en sus relaciones con terceros. Tal libertad no es sino una esfera peculiar del derecho fundamental del art. 17 CE. En esta medida, es precisamente la voluntad del titular la que moldea y configura el contorno de protección del Derecho Penal en el ámbito de la libertad sexual, preservándose al sujeto de las conductas no consentidas (con o sin violencia)⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1999). *El consentimiento en el Derecho Penal*. Dykinson.

⁵⁶⁵ En este sentido, v. Díez Ripollés, J. L. (1985). La protección de la libertad sexual (1.ª ed.). Bosch, p. 23; Boldova Pasamar, M. A. (2022a). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche y M. A. Boldova Pasamar (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2ª Ed., pp. 199-220). Editorial Comares, pp. 200-201; Monge Fernández, A. (2022). De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP). En E. Marín de Espinosa Ceballos, P. Esquinas Valverde (Dirs.); M. A. Morales Hernández (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 253-335). Aranzadi.

La respuesta respecto de los menores de edad resulta más conflictiva, especialmente, por la heterogeneidad de la protección penal. La libertad sexual predicada del menor de edad no es homogénea en su contenido, al existir diferencias entre el contenido previsto para los menores de 16 años, frente al que corresponde a los mayores de 16 años y hasta los 18 años. A la par, mientras que en el caso de los adultos, la libertad sexual es el único bien jurídico que se tutela en este ámbito, respecto del menor de edad, coexiste con otro bien jurídico, la indemnidad sexual, de una forma complementaria y con puntos tangenciales especialmente sensibles, como son las interacciones sexuales libremente consentidas de menores de 16 años con otras personas mayores, en el ámbito del art. 183 bis CP.

La libertad sexual, referida al menor de 18 años, posee por tanto relevantes matices diferenciales respecto de los adultos. Esencialmente, la ausencia de una plena disponibilidad en toda la extensión, por parte de su titular. Cuando el ordenamiento castiga a los adultos que desarrollan o participan en los diversos modos previstos en los arts. 188 y 189 CP, de la prostitución y de la pornografía de los citados menores, lo hace extendiendo una protección que solo puede obedecer a la concepción de una libertad sexual aun no plena.

No obstante, conviene diferenciar esta tutela de la libertad sexual incompleta con lo que supondría, desde otra perspectiva, la extensión o “prórroga” de la protección penal de la indemnidad sexual, referida a tales conductas. Debemos hacer esta distinción porque la finalidad del legislador, censurando la participación del menor en la clase de actividades antes expresadas, no es orientar la formación o desarrollo de su personalidad sexual,

que en sus bases esenciales debe presumirse que ha sido ya debidamente constituida.

Por el contrario, se trata de intervenir, en una ponderación realizada atendiendo a un interés superior a la propia libertad del individuo, a la ausencia de capacidad plena de decisión en el ámbito sexual, a modo de excepción a la regla general de su aptitud a partir de los 16 años. En este sentido, precisamente, ha de entenderse la eliminación definitiva del Código Penal del abuso por engaño que se regulaba, hasta la LOGILS, en el anterior art. 182 CP⁵⁶⁶.

Para los menores de edad, por ende, la libertad sexual no puede predicarse que sea un bien jurídico esencialmente individual, sino a lo sumo, naturalmente, cuando no concurran otros intereses jurídicamente preponderantes. A tal efecto, aun cuando se trata de una cuestión con mayor raigambre en otras ramas del ordenamiento, para explicar las intervenciones tuitivas de los poderes públicos respecto de los menores, pudiera explicarse la contemplación de la libertad sexual del menor siempre desde un prisma de su “superior interés” como elemento preponderante, que lleva a esta graduación tan característica de la intervención del Estado en esa esfera de la conducta y de las manifestaciones de la voluntad de los menores de edad.

⁵⁶⁶ En este sentido, valorando favorablemente la eliminación de los abusos sexuales del art. 182 CP, tras la reforma operada por la LOGILS, coincidimos con MORALES HERNÁNDEZ, M. A. (2023). La eliminación del abuso sexual por consentimiento inválido de víctima mayor de dieciséis y menor de dieciocho años tras la L.O. de garantía integral de la libertad sexual. *Revista Penal*, 51, 208-230. También respecto a este tipo, son de interés las reflexiones, antes de la reforma de la LOGILS, que ofrece CUGAT MAURI, M. (2022b). Título VIII. Capítulo II. Artículo 182 CP: Vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza. autoridad o influencia sobre la víctima. En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, P. ESQUINAS VALVERDE (Dir.) y M. A. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 227-247). Aranzadi.

De hecho, la transversalidad de tal concepto, también aplicable al ámbito de la exégesis de la protección del Derecho Penal al menor y su desarrollo, se puede inferir de lo dispuesto en el art. 2 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Tal precepto enuncia, por una parte y como principio general, que *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”*.

Por tanto, el interés superior es un elemento que tiene un carácter longitudinal en nuestro sistema jurídico, en lo que a la ponderación e interpretación de los derechos de los menores se refiere. En este caso, ateniendo al carácter fragmentario del Derecho Penal, ello lo debemos entender referido a la interpretación del bien jurídico de la libertad sexual del menor, en relación precisamente con la influencia de tal interés superior. En la correlación de la libertad sexual y el interés superior del menor, debemos también destacar la disposición del apartado 4 del mismo precepto, que establece que *“en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán*

priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes”.

Precisamente, la ley penal *prioriza*, por emplear el mismo término, respecto de los mayores de 16 años y menores de 18, una limitación a ciertas manifestaciones que, dentro de los adultos, se encontrarían en un ámbito de la libertad sexual, como el ejercicio libre de su prostitución o del uso de su imagen en el ámbito pornográfico, en la medida que no se castiga a las personas que participen en tales actividades para con sujetos mayores de edad en España (por el momento). Lo anterior, en tanto que tales actividades, aunque contaran con la anuencia del menor de edad, mayor de 16 años y menor de 18 años, se consideran por ministerio de la ley situaciones de violencia contra el menor. Así, el art. 1 de la L.O. 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia establece que *“la ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida”*, y concreta en su punto segundo que, *“a los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas,*

injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar”.

Por tanto, la pornografía y la prostitución de menores de edad son actos de “violencia” contra menores, aunque se contara con su anuencia (incluso la iniciativa de éstos, en el plano fáctico) para su elaboración o práctica, respectivamente, lo que implica una modalización del concepto de libertad sexual, precisamente en atención al superior interés del menor, para preservar al mismo de estas formas de “violencia”, aunque por el afectado no fueren percibidas de tal modo, ni fácticamente existiera una situación de ejercicio de la fuerza física ni de la intimidación sobre el sujeto pasivo. Ello, por cuanto se ofrece una definición auténtica de violencia, a los efectos del delito sexual, que abarca expresamente estas conductas, con indiferencia del uso o no de tales medios coactivos, concretamente, en la esfera ejecutiva.

En otro orden, abordando la indemnidad sexual, como bien jurídico que tutela la protección de los menores de 16 años, nos encontramos con un interés de naturaleza individual, pero en el que coexiste un interés público en su protección.

El titular de la indemnidad sexual, el particular menor de 16 años, es protegido ante una ausencia de capacidad por su parte para autodeterminarse

de manera válida en el ámbito sexual positivo (interactivo), lo que requiere una tutela reforzada del Derecho Penal. A la par, en tanto que se fundamenta en tal carencia de capacidad, aparece la necesidad de intervención por parte del poder público, precisamente para controlar que aquellas personas que adolecen de las facultades de madurez y trayectoria vital necesarias para formar libremente su voluntad en materia sexual, no puedan ser instrumentalizadas por terceros para la satisfacción de sus propias pulsiones sexuales, aun cuando ello se realizara con la anuencia, e incluso bajo la iniciativa del propio menor partícipe. Por ello, mientras que la libertad sexual es un bien individual y disponible, la indemnidad sexual es individual y esencialmente indisponible.

De hecho, cuando se reconoce al menor de 16 años capacidad para poder consentir válidamente con próximos a su franja etaria y madurativa en el art. 183 bis CP, el legislador asume como una parte del ciclo de desarrollo de la personalidad sexual la permisión de tales interacciones sexuales en ciertas condiciones, que son manifestaciones puntuales de capacidad en el marco de una libertad sexual positiva limitada. La indemnidad sexual no comporta los actos de interacción sexual con terceros próximos en edad y desarrollo o madurez, sino que tales actos patentizan una esfera de libertad sexual positiva, en la que la indemnidad sexual cede⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc>, p. 4. Ciertamente, compartimos con el autor la crítica al sistema del art. 183 bis CP en lo que se refiere a la operatividad de la cláusula como excepción a una regla general de prohibición de las relaciones sexuales de los menores de 16 años con otros próximos en edad y madurez (lo que exige la prueba de estas circunstancias, especialmente de la segunda), frente a lo que, como también señala RAMOS TAPIA, M. I. (2015). La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y a su adecuación a la Directiva 2011/92/UE. En C. VILLACAMPA ESTIARTE y T. AGUADO-CORREA (Coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección* (pp. 117-138). Aranzadi, debería ser un sistema inverso, en el que la

La citada previsión legal solo atiende a la faceta de una libertad sexual positiva potencial del menor o en desarrollo, a la que el Derecho reconoce aptitud suficiente para ser verdaderamente expresión de tal autonomía de voluntad, cuando se conciertan sexualmente personas con ciertas características (proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica) respecto de las que el ordenamiento admite que puedan involucrarse en una interacción sexual de manera que no se genere una respuesta negativa, como es la sanción penal, para ninguna de las partes intervinientes.

Mediante las acciones sexuales que se producen en el marco de las relaciones amparadas por el art. 183 bis CP entre próximos cronológica y madurativamente, no se afecta a la indemnidad sexual de ninguno de los menores. Precisamente, para que ésta teleológicamente tenga un fundamento – que se expresa en la protección del desarrollo de una personalidad sexual sin elementos externos de signo negativo, que afecten o limiten el adecuado funcionamiento de la persona en este ámbito– resulta preceptivo autorizar lo que podíamos llamar intercambios o intrusiones voluntarias entre próximos en esa esfera, como parte del proceso madurativo del descubrimiento de la esfera interactiva de la libertad sexual⁵⁶⁸.

CAPÍTULO II.- TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL: ELEMENTOS PERSONALES, OBJETIVOS Y FORMALES EN CLAVE DE

permisión de las relaciones sexuales entre adolescentes fuera la regla, que solo admitiera la excepción de la acreditación de un abuso de superioridad por falta de proximidad (de edad, o de madurez física y psicológica).

⁵⁶⁸ En este sentido, como resalta TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (2ª, pp. 193-227). Iustel, se trata de proteger espacios de "injerencias"

UNA “TEORÍA DEL CONTRATO SEXUAL” COMO PARADIGMA DEL MODELO AFIRMATIVO

1. Elementos personales, objetivos y formales del consentimiento sexual: hacia una “teoría del contrato sexual” como paradigma del consentimiento sexual expreso (“solo sí es sí”).

A la hora de estudiar la cláusula del art. 183 bis CP, hemos entendido preciso, como presupuesto para el análisis de la naturaleza jurídica del precepto y de sus elementos constitutivos, realizar un abordaje previo de los elementos personales, objetivos y formales del consentimiento sexual en un sentido amplio, no solo del que atañe a los menores de 16 años en el ámbito de la cláusula. Ello obedece a dos ideas: una primera, es que no existe un consentimiento sexual “específico” de los menores, distinto del consentimiento de los adultos, sino una misma voluntad, con distintas consecuencias jurídicas; en segundo lugar, por cuanto entendemos que, si nuestro sistema ha pretendido imponer –no se ha llegado a consumir– un modelo de consentimiento afirmativo expreso, con la consecuencia de negar la validez de cualquier otra forma de consentimiento, conviene abordar los elementos generales del consentimiento sexual, en correlación al modo de estudio de cualquier negocio jurídico, si bien éste no es un “negocio” en un sentido etimológico.

Así pues, ese “contrato sexual” que se pretendía establecer como paradigma ha de construirse sobre unos elementos personales (los que consienten), objetivos (aquello sobre lo que se consiente) y formales (la manera

en la que se manifiesta el consentimiento). Precisamente, este análisis no decae en su interés por el hecho de que la llamada “*ley del solo sí es sí*” no haya cumplido con aquello que le sirvió de sobrenombre, esto es, la imposición del consentimiento afirmativo expreso. El mero planteamiento, unido a los impulsos de un sector del feminismo para alcanzar tal objetivo, así como la decidida apuesta exegetica de la Fiscalía General de Estado –recientemente publicada⁵⁶⁹, nos debe conducir a una valoración de la posibilidad de tal escenario, así como a una toma de postura respecto de si el “*yes model*”⁵⁷⁰ ha logrado un reflejo en el Título VII del Libro II.

1.1 Elementos personales: los integrantes de la relación.

El consentimiento en las relaciones sexuales bilaterales o multilaterales constituye un elemento de carácter personalísimo no susceptible de representación por la naturaleza del acto (si estuviéramos en un contrato, sí cabe como regla de principio la representación). Se trata de un comportamiento, el sexual, que aparece como expresión de la inclinación o deseos de la persona. En principio, dichas conductas se suelen desarrollar en un ámbito de intimidad, si

⁵⁶⁹ Hacemos referencia a la Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, publicada escasas semanas antes del depósito de esta tesis doctoral, sobre la que hemos visto la necesidad de realizar alguna valoración, aunque sea inicial y susceptible de mayor profundización en estudios ulteriores, por la trascendencia que alcanza dicho texto, tanto en su carácter informador del ejercicio de la actuación de los funcionarios representantes de tal institución en los procesos penales (art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y art. 5.1 del Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal), como en la medida que constituye un criterio hermenéutico de interés, al provenir de un órgano constitucional que tiene como misión, ex art. 124 CE, “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

⁵⁷⁰ Pese a que las referencias anglosajonas prefieren la fórmula “*affirmative consent*”, en la Circular citada en la nota anterior, son continuas las referencias al “*yes model*”, para referirse al consentimiento expreso afirmativo (solo sí es sí). De esta forma, aunque el término empleado es poco compartido por la

bien, no existe legal impedimento que invalide el consentimiento para sexo en público⁵⁷¹. Tampoco existen óbices para aceptar la posibilidad de composición plural de los actos sexuales – marcos grupales de interacción sexual⁵⁷², como

⁵⁷¹ Nos referimos, esencialmente, al fenómeno del “dogging” o “cancaneo”, donde el factor de la exhibición pública de la interacción sexual es parte esencial de la acción, caracterizada, en la mayor parte de ocasiones, por personas desconocidas entre sí que concurren a determinados lugares, donde existe un concierto por los partícipes para la posibilidad de interactuar sexualmente entre tales anónimos. A tal efecto, para explicar la dinámica relacional particular que se produce en este tipo de contactos véase en HENNELLY, S. (2010). Public Space, Public Morality: The Media Construction of Sex in Public Places. *Liverpool Law Review*, 31(1), 69-91. <https://doi.org/10.1007/s10991-010-9073-x>; también en JOHNSON, P. (2007). Ordinary Folk and Cottaging: Law, Morality, and Public Sex. *Journal of Law and Society*, 34(4), 520-543. https://www.jstor.org/stable/20109765#metadata_info_tab_contents. Cuestión diversa a la validez del consentimiento en caso del sexo en público es la adecuación de tales prácticas a las normas administrativas que preservan las cuestiones del orden público. Así, a mero título enunciativo, debemos señalar cómo la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, sanciona la realización de exhibición obscena que no sean constitutivos de delito en el art. 37.5 de la misma como infracción administrativa de carácter leve, aparejándosele una multa de 100 a 600 €. A la par, las Ordenanzas Municipales de las ciudades más pobladas de España vienen a proscribir, como regla general, las prácticas sexuales en vía pública en el contexto de la prostitución. Como advierte LLOBET ANGLÍ, M. (2019). Prostitución: ¿qué castigar? Trabajadoras, burdeles, rufianes y cliente. *Revista Nuevo Foro Penal*, 15 (92), 52-101, p. 55, se trata fundamentalmente de que “no se vea” la prostitución existente, a través de lo que detecta VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2012). Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultado. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, 81-142. <http://hdl.handle.net/10459.1/46539>, p. 83. La citada autora advierte cómo, en el marco del reglamentarismo, se fija el foco de atención en la doble cuestión del “acortamiento de los espacios para el ejercicio de la prostitución y la identificación permanente de las prostitutas”. El apartamiento social de las prostitutas y la identificación de sus integrantes se ha efectuado a través también del art. 36.11 de la misma Ley Orgánica antes referida, estableciéndose como infracción grave, “la solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad, o cuando estas conductas, por el lugar en que se realicen, puedan generar un riesgo para la seguridad vial”, aparejándose en este caso una multa al potencial cliente de 600 a 30.000 €. Las consecuencias también se extienden para las personas que se prostituyan, en el párrafo 2º del citado precepto, cuando se indica que “los agentes de la autoridad requerirán a las personas que ofrezcan estos servicios para que se abstengan de hacerlo en dichos lugares, informándoles de que la inobservancia de dicho requerimiento podría constituir una infracción del párrafo 6 de este artículo”.

A tal efecto, la inobservancia podrá constituir una infracción por desobediencia, y si la misma se valorara potencialmente como grave, a juicio inicialmente del agente promotor del expediente de denuncia, la cuestión podría adoptar tintes indiciarios del art. 556 CP, por delito de desobediencia. De tal manera, una reiteración en la oferta de servicios sexuales por el/la trabajador/a sexual en vía pública, en las condiciones señaladas, puede llegar a constituir un delito. Lo anterior, sin perjuicio de especificaciones en el marco del ilícito administrativo que han traído consigo las ordenanzas municipales de carácter “cívico”, a las que se refiere también VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015a). A vueltas con la prostitución callejera. ¿Hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave? *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXV, 415-455. <https://doi.org/10.15304/epc.35.2607>, p. 424 y ss.

⁵⁷² Sobre esta cuestión, debemos destacar clásicos estudios como el de EYSENCK, H. J. (1977). Personalidad y sexo en grupo: un estudio empírico. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 9(1), 21-28, donde destaca la existencia de una mayor prevalencia de relaciones sexuales grupales entre hombres con altas puntuaciones de

expresión del desarrollo de una faceta de libertad personal de cada uno de los sujetos integrantes del conjunto sexual, en el que, precisamente, la acción sexual colectivamente desarrollada presenta rasgos característicos.

Precisamente, una de las máximas del movimiento de revolución sexual de los años 60 del pasado siglo⁵⁷³, en el llamado “*verano del amor*”, viene ligado a una exacerbación de la sexualidad activa y promiscua, facilitada por “nuevos”(entonces) contraceptivos, que dependían de la voluntad de la mujer, frente a los “tradicionales”, en los que el hombre desempeñaba el rol activo. El sexo de carácter grupal, como una forma de expresión transgresora del erotismo y el placer clásicos, fue un elemento característico del movimiento

“extraversión” y con mujeres con altas puntuaciones de “psicoticismo”, en los términos del autor, que califica de “perversión” a la relación sexual en grupo. Actualmente, no cabe duda alguna de que las relaciones grupales no se constituyen como prácticas parafilicas, ni revisten atención especial por parte de los profesionales de la salud mental. Ahora bien, en el plano jurídico y a propósito ciertos casos mediáticos, como los de “La Manada” de Pamplona y el caso “Arandina”, la cuestión de las agresiones sexuales grupales ha tomado una especial relevancia y ha centrado estudios monográficos sobre la cuestión, al experimentarse desde 2016 un incremento en su denuncia y en su interés como objeto de valoración jurídico y criminológico. V. sobre esta cuestión, entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M. (2018). Tratamiento penal de la violencia sexual. La forma más primaria de violencia de género. En P. FARALDO CABANA Y M. ACALE SÁNCHEZ (Coords.), *La Manada - un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 71-100). Editorial Tirant lo Blanch; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2018). Las huellas de «La Manada». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 77, pp. 16-21; RAMÍREZ ORTÍZ, J. L. (2018). Sociedad en red, igualdad, proceso y Derecho Penal. La sentencia de la Manada. *Revista de Jueces y Jueces para la Democracia*, 92, 17-19; CADENA SERRANO, F. A. (2019). Violaciones conjuntas. Caso de la Manada. *Revista La Ley*. Recuperado 29 de agosto de 2022, de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/527470>; MUÑOZ CONDE, F. (2019). La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”. *Criminalia*, 86(1). <https://criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/28>; FARALDO CABANA, P. (2020). La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 22, 381-420. <https://doi.org/10.5944/rdpc.22.2019.26493>; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2020). Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de “La Manada”. En J. DE VICENTE REMESAL, J. M. PAREDES CASTAÑÓN, M. DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO et alii (Dirs.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario* (1ª, Vol. 2, pp. 1761-1770). Reus; MONGE FERNÁNDEZ, A. (2020). «Las Manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales. Tirant lo Blanch. Desde las ciencias forenses, resulta destacable DE LA TORRE LASO, J. (2020). ¿Por qué se Cometan Agresiones Sexuales en Grupo? Una Revisión de las Investigaciones y Propuestas Teóricas. *Anuario de Psicología Jurídica*, 30(1), 73-81. <https://doi.org/10.5093/apj2019a18>.

⁵⁷³ V. HEKMA, G. y GIAMI, A. (2014). Sexual Revolutions: An Introduction. En G. HEKMA y A. GIAMI (Eds.), *Sexual Revolutions. Genders and Sexualities in History* (pp. 1-24). Palgrave MacMillan.

contracultural frente a la represión de las estructuras patriarcales ligadas al vínculo monógamo del matrimonio, considerándolo una institución contraria al “amor libre”⁵⁷⁴.

En este marco, entorno a la valoración ético-social del sexo realizado en grupo, el sociólogo GIDDENS (2004, *passim*)⁵⁷⁵ denomina “sexualidad plástica” a la disociación del binomio sexualidad-reproducción, en atención a la exploración de esferas satisfactivas, lo cual supone un cambio de paradigma en las relaciones sexuales a través del desarrollo de los conceptos contemporáneos del erotismo y de la interconexión sexual. Dicha interconexión, analizada desde la composición subjetiva de las interacciones sexuales, puede ser tan plural como sea la voluntad de los partícipes, sin que la mera coexistencia en una misma acción sexual de varios individuos determine, necesaria e inequívocamente, una situación de superioridad ni dominación de unos respecto de otros.

⁵⁷⁴ V. Sobre esta cuestión, cabe destacar a DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. (2015). La revolución sexual de los sesenta: una reflexión crítica de su deriva patriarcal. *Investigaciones Feministas*, 6(0). https://doi.org/10.5209/rev_infe.2015.v6.51377 y a ALBERICH NISTAL, T. (2019). ¿Poliamor, amor libre o en libertad? Potencialidades y dificultades. *MLS Psychology Research*, 2(1), 99-116. <https://doi.org/10.33000/mlspr.v2i1.212>

⁵⁷⁵ En este sentido, en GIDDENS, A. (2004). *La transformación de la intimidad*. Cátedra, analiza esta evolución conceptual, desde el plano sociológico.

Se hace esta particularización por cuanto el uso del concepto “*manada*”⁵⁷⁶ para identificar ciertos actos grupales contra la libertad sexual de una persona⁵⁷⁷, no ha de excluir la posibilidad de que el ámbito de las relaciones sexuales libres, las acciones grupales de varias personas, desarrolladas simultáneamente, en la que varios hombres lleven a cabo una acción sexual con una mujer, deban leerse en clave de abuso de superioridad.

⁵⁷⁶ Solo a efectos ejemplificativos del uso mediático del concepto “manada”, para designar esta clase de asuntos, v. CONGOSTRINA, A. L. (2019, 8 julio). *La violación por turnos en La Manada de Manresa*. El País. Recuperado 2 de febrero de 2023, de https://elpais.com/sociedad/2019/07/06/actualidad/1562414668_092067.html; AGENCIA EFE (2021, 16 julio). Condenas de entre 14 y 18 años a los cuatro acusados de «La manada de Callosa». www.20minutos.es - Últimas Noticias. <https://www.20minutos.es/noticia/4767047/0/condenas-anos-cuatro-acusados-manada-callosa/>; GARCÍA BUENO, J. (2023, 12 enero). *La Manada de Castelldefels, tras la presunta agresión a una víctima: «Ahora descansa y no digas nada»*. El País. <https://elpais.com/sociedad/2023-01-12/la-manada-de-castelldefels-tras-la-presunta-agresion-a-una-victima-ahora-descansa-y-no-digas-nada.html>. En el mundo anglosajón, existen términos o locuciones al efecto, con semejante semántica, como “party rape” (v. EHRHART, J. K. Y SANDLER, B. R. (1986). Party rape. Response to the Victimization of Women y Children, 1(9), 2-5), “multiple perpetrator rape” (v. HORVATH, M. A. H. y KELLY, L. (2009). Multiple perpetrator rape: Naming an offence and initial research findings. *Journal of Sexual Aggression*, 15(1), 83-96. <https://doi.org/10.1080/13552600802653818>), o “multiple perpetrator sexual assault” (v. MORGAN, L., BRITAIN, B. y WELCH, J. (2012). Multiple Perpetrator Sexual Assault. *Journal of Interpersonal Violence*, 27(12), 2415-2436. <https://doi.org/10.1177/0886260511433514>)

⁵⁷⁷ ACALE SANCHEZ (2019, p. 257), viene a señalar, respecto de las agresiones sexuales grupales o colectivas que “de tener que actuar solos, estos sujetos no llevarían a cabo ningún atentado sexual, porque el grupo les supone confianza a la vez que les aumenta su satisfacción sexual por el doble motivo de saberse observados y poder observar las hazañas del resto”. En efecto, coincidimos plenamente en esta apreciación respecto del marco de la agresión sexual; si bien, ello no se opone a la licitud general de las prácticas sexuales grupales consentidas entre todos los intervinientes, con capacidad para involucrarse en esa clase de actos. Es decir, la agresión sexual grupal es la vertiente delictiva, anómala, de la relación sexual grupal consentida. Precisamente, es la falta de consentimiento lo que lleva al ámbito de la punición criminal. No podemos compartir, sin embargo, sus apreciaciones sobre las estrategias defensivas de re-victimización del sujeto pasivo, mediante la alusión a la promiscuidad de la víctima, especialmente por una perspectiva sexista, entendiéndose una suerte de cualidad en los hombres y no así en las mujeres. En la experiencia como abogado, durante casi 10 años, del doctorando suscribiente, tal perspectiva no es generalizable en los términos que lo hace la autora; máxime, en la actualidad. La tendencia a la protección de la moral sexual colectiva que esta tesis analiza y critica, no entendemos que se oponga a la protección de la víctima por razón de género (al contrario, entendemos que movimientos como el “Me-Too” han sido productos, y catalizadores, a la par, de un avance en la intervención penal en el ámbito de la sexualidad), como destaca BOLDOVA PASAMAR, M.A en su prólogo a MALÓN MARCO, A. (2021), *op.cit.* n. 19; sino la criminalización de la relación sexual consentida entre adolescentes y jóvenes, hombres y mujeres, fruto del puritanismo sexual que ha sustentado las recientes modificaciones de la norma sustantiva criminal. No obstante, resulta de sumo interés para conocer esta perspectiva de la materia el estudio de la obra íntegra, en ACALE SÁNCHEZ, M. (2019). *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*. Reus.

De hecho, hay que partir de que el delito, también en el sexo grupal, es o debe ser la excepción, si se desarrolla voluntariamente, y a no ser que concurra una intimidación ambiental o presión que anule la capacidad de consentir libremente, que habrá que analizarla en su caso en un proceso penal. Se ha de presumir a todo hombre y mujer mayor de 16 años que decide involucrarse en una conducta sexual, lo hace voluntariamente y no bajo la sospecha de que la interacción sexual no es consentida. Sin embargo, respecto de menores de 16 años, que carecen con carácter general de capacidad de autodeterminación sexual, esta circunstancia condiciona que el sexo grupal sea visto con especial recelo (el sexo de los menores en pareja tiene más posibilidades de considerarse lícito, puesto que es más sencillo analizar la concurrencia del art. 183 bis CP), pero ello no excluye que la cláusula pueda ser aplicable también a las relaciones grupales entre menores, cuando concurren los requisitos de la misma.

Con carácter general, la existencia de casos concretos de actos sexuales no consentidos en aprovechamiento de la concurrencia de varios autores, no puede llevarnos a la sospecha *in genere* del sexo grupal como actividad potencialmente peligrosa e incluso de connotaciones delictivas, particularmente en los casos de pluralidad de hombres que llevan a cabo acciones sexuales sobre una sola mujer, en tanto que ello supondría una limitación a la libertad sexual interactiva, que se escudaría en un conceptos moralizantes inaceptables en una sociedad democrática y pluralista. No es admisible prejuzgar el hecho de que la intervención de una mujer en un contexto de varios hombres reproduzca, per se, ningún patrón de dominación ni un modelo de relación agresivo, en términos jurídico-penales, puesto que ello supondría infravalorar la autonomía de la voluntad de los intervinientes (de los hombres, y también de esa mujer, en la

hipotética acción sexual), para decidir libremente cómo interactuar entre sí. Lo anterior no excluye, por supuesto, la necesaria sanción penal de las conductas sexuales no consentidas, en las que concurra una pluralidad de sujetos.

Como sostiene DÍEZ RIPOLLÉS (1981, pp. 177)⁵⁷⁸, no es posible establecer un criterio de “normalidad” en relación con el ejercicio de la sexualidad, siguiendo a JÄGER (1957, pp. 104-105)⁵⁷⁹, por falta de cualquier “punto objetivo al que remitirse para fijar lo que sea sano o enfermo, o bien normal o no”, no siendo admisible la extrapolación de una única opción moral como criterio interpretativo de la realidad social. Por tanto, es preciso centrar de manera precisa el foco de intervención penal en aquellos casos de sexo grupal inconsentido, frente al reduccionismo que supone identificar un modelo relacional grupal, con una conducta intrínsecamente abusiva o agresiva sexualmente.

1.1.1 Divergencias entorno a la categorización de los delitos sexuales como “delitos de propia mano”.

En otro orden, desde la perspectiva personal del delito de agresión sexual, como elemento central de los delitos sexuales, cabe plantearse la clásica disquisición entre su naturaleza como delito de “propia mano” o, por el contrario, como delito común que no requiere una realización personal. Consideramos “delitos de propia mano” aquellos en los que el autor ha de inmiscuirse directa e inmediatamente en la realización de los elementos objetivos

⁵⁷⁸ V. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1981). *El Derecho Penal ante el sexo*. Bosch.

⁵⁷⁹ V. JÄGER, H. (1957). *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittichkeitsdelikten*. Enke Verlag.

del tipo⁵⁸⁰, en este caso, en el comportamiento de naturaleza sexual⁵⁸¹. JESCHECK/WEIGEND (2002, p. 286)⁵⁸² los conciben como aquellos tipos que presuponen un acto que deber ser ejecutado corporal o por lo menos personalmente, que debe acometer el propio autor, porque de lo contrario, no se apreciaría el injusto específico de la acción del tipo en cuestión. Frente a ello, serían comunes, ajenos a tal consideración, las figuras que permitieran ampliar la exigencia de responsabilidad al autor que, conservando su dominio del hecho, determina a la propia víctima o a un tercero para que lleve a cabo la conducta sexual, respecto del sujeto pasivo, sin intervención directa propia. Coincidimos con GÓMEZ MARTÍN (1996, pp. 36 y ss.)⁵⁸³, en cuanto a que, no obstante, no debe confundirse plenamente el delito de propia mano con el concepto de delito especial, por cuanto, en efecto, los delitos de propia mano son figuras en las que la Ley exige que el autor desarrolle personal o corporalmente la conducta, impidiéndose con tal formulación la posibilidad de la autoría mediata, mientras que en los especiales, la restricción legal proviene del requerimiento, respecto del sujeto activo, de ciertas cualidades, propiedad o relaciones. Puede suceder, no obstante, que una figura de propia mano sea, a su vez, un delito especial (ej. falso

⁵⁸⁰ V. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. (1996). *La autoría mediata en Derecho Penal*. Comares, p. 286

⁵⁸¹ Resulta inabarcable la cita de trabajos dedicados a la cuestión de los “delitos de propia mano”, en cuanto ha sido objeto de estudio de la mejor doctrina española y de otros países, especialmente, de Alemania. En consecuencia, nos permitimos referir los trabajos de MAQUEDA ABREU, M. L. (1992). *Los delitos de propia mano*. Tecnos, pp. 17 y ss.; GÓMEZ RIVERO, M. C. (2006). Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano. *Revista penal*, 18, 102-123. <https://doi.org/10.1234/rp.v18i18.286>. En Alemania, son referenciales las obras de AUERBACH, H. (1978). *Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG*. Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag Der Wissenschaften, pp. 9 y ss.; KÜHL, K. (1996). *Strafrecht, allgemeiner Teil* (1.ª ed.). Vahlen, parágrafo 11; ROXIN, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (7ª). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 436 y ss., entre otros

⁵⁸² JESCHECK, H. H., y WEIGEND, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal: Parte general* (M. OLMEDO CARDENETE, Trad.; 5ª Ed.). Alianza Editorial.

⁵⁸³ V. GÓMEZ MARTÍN, V. (1996). *Los delitos especiales*. Edisofer. Como delitos especiales los aborda, a nuestro entender, GÓMEZ RIVERO, M. C. (2006). Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano. *Revista penal*, 18, p. 107, con proximidad a ciertos planteamientos sobre esta cuestión de HERNANDEZ PLASENCIA, J.U., *op.cit.* n. 42, pp. 299 y 301.

testimonio); pero en otras ocasiones, el sujeto activo del delito de “propia mano” podrá ser cualquiera, excluyéndose simplemente a través de esta clase de regulación la posibilidad de la coautoría y de la autoría mediata.

Si nos centramos, en concreto, en la agresión con penetración, en la regulación de los delitos contra la honestidad en los Códigos preteritos, la propia dicción del tipo de violación, como atentado más grave contra la esfera sexual de la persona, se describía en términos que implicaban, necesariamente, un “delito de propia mano”. Solo podía realizarse la acción de “yacer” por parte del hombre (sujeto activo) respecto de la mujer, directamente por sí mismo, sin que cupiera forma alguna de autoría mediata, ni tampoco se admitía como forma típica del delito que la se víctima realizare actos naturaleza sobre sí misma determinada por el sujeto activo.

Por ello, la doctrina mayoritaria tradicionalmente se había inclinado por entender la violación como un “delito de propia mano”⁵⁸⁴, aun con algunas excepciones⁵⁸⁵. Más próximamente al momento actual, autores como POLAINO

⁵⁸⁴ V. ORTS BERENGUER, E. (1981). El delito de violación. Universidad de Valencia, pp. 83 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J. (1982). La violación en el Código Penal español. Universidad de Granada. Colección de Estudios Penales, pp. 462-464; BUSTOS RAMÍREZ, J. (1986). Manual de Derecho Penal. Parte especial. (1.ª ed.). Ariel, pp. 135 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M. y LUZÓN PEÑA, D. M. (1991). La autoría en Derecho Penal. PPU, p. 167. CUELLO CONTRERAS, J. (1996). El Derecho Penal español: curso de iniciación: parte general. Civitas, p. 402; MUÑOZ CONDE, F. (1999). Derecho Penal Parte Especial (12ª Ed.). Tirant lo Blanch, p. 188 y ss., PÉREZ ALONSO, E. J. (2020). *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*. B de F.

En Alemania, cabe destacar las posturas de SAUER, W. (1956). *Derecho Penal Parte General* (J. DEL ROSAL FERNÁNDEZ y J. CERESO MIR, Trads.). Bosch, p. 325; JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación* (J. CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Trads.; 2.ª ed.). Marcial Pons; OTTO, H. (2004). *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre* (7. Auf.). De Gruyter, comentario al § 21/106; SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H. (2006). *Strafgesetzbuch Kommentar* (27. Auf.). Beck, comentario § 25/86.

⁵⁸⁵ En sentido contrario, respecto del Código anterior, se pronuncia a favor de no considerar la agresión sexual como delito de propia mano SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. (1995). *El Delito de Agresiones Sexuales*

NAVARRETE (2000, p. 444)⁵⁸⁶, QUERALT JIMÉNEZ (2015, p. 240)⁵⁸⁷, LUZÓN PEÑA (2016, cap. 27, nº 43)⁵⁸⁸ han sostenido con diversos matices que la regulación de la violación en el Código de 1995, obedece a la estructura de los delitos “de propia mano”. También lo han hecho, en relación a otros tipos en materia sexual, autores como GÓMEZ TOMILLO (2005, pp. 13 y 16)⁵⁸⁹ o SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (1999, p. 740)⁵⁹⁰.

Conviene advertir la diferencia entre la dicción de los arts. 178 y 181 CP, a los efectos de las consideraciones que estamos efectuando. Mientras que, en el caso de los mayores de 16 años (178.1 CP), la conducta consiste en la realización de actos de carácter sexual sin consentimiento del sujeto pasivo, en el art. 181 CP el tenor se expresa mediante otra formulación que no es equivalente estrictamente, al censurarse la realización de “actos de carácter sexual **con** un menor de dieciséis años”. En esta preposición se ha querido advertir una diferencia, que efectivamente existe respecto del primer precepto, y es que, si el art. 181 CP no contuviera la precisión que se establece en su segundo párrafo, no cabría otra posibilidad que considerarlo un “delito de propia mano”, al exigirse típicamente la intervención directa “con” el menor del sujeto activo. Se solventa tal cuestión con el párrafo segundo del art. 181.1 CP, cuando expresa: “A estos

Asociadas a la Violación. Aranzadi, p. 366; MAQUEDA ABREU, M. L. (1992). *Los delitos de propia mano*. Tecnos, p. 110.

⁵⁸⁶ V. POLAINO NAVARRETE, M. (2000). Derecho Penal: Parte general. J.M. Bosch.

⁵⁸⁷ V. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2015). Derecho Penal español. Parte especial. Tirant lo Blanch.

⁵⁸⁸ V. LUZÓN PEÑA, D. M. (2016). Lecciones de Derecho Penal Parte General (3ª). Editorial Tirant lo Blanch.

⁵⁸⁹ V. GÓMEZ TOMILLO, M. (2005). Derecho Penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 7. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1215757&yorden=43355&yinfo=link>;

⁵⁹⁰ V. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. (1999). Comentario al art. 188 Cp. En M. COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Edersa.

efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor”.

Frente a esta perspectiva, actualmente es doctrina mayoritaria la que asume, ya no solo respecto del tipo básico del art. 178 de agresión sexual (antes de la reforma de la LOGILS)⁵⁹¹, o de la violación⁵⁹², sino en un sentido más amplio, respecto del conjunto de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales⁵⁹³, que no nos encontramos ante “delitos de propia mano”. Son varias las razones. La fundamental es la variación de la propia dicción típica (ya no se trata de “yacer”, como hemos expuesto, sino de realizar “actos de naturaleza sexual sin consentimiento”), junto con una comprensión cada vez más amplia de la

⁵⁹¹ V. MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2016). *Comentarios al Código Penal: Tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo*. Wolters Kluwer, p. 698; ASENSIO GALLEGOS, J. M. y GONZÁLEZ VEGA, I. (2019). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual: Análisis sustantivo y procesal*. Juruá, p.26.

⁵⁹² V. Particularmente interesante el análisis de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2004). El denominado «delito de propia mano»: Respuesta a una situación jurisprudencial. *Dykinson*, p. 177 y ss.

⁵⁹³ V. En este sentido y sin poder citar a la totalidad de los autores, CARMONA SALGADO, C. (2005). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el título VIII, libro II del Código Penal. Agresiones y abusos sexuales*. En M. COBO DEL ROSAL (Ed.), *Derecho Penal español: Parte especial* (2.ª ed., pp. 239-286). Dykinson; CUGAT MAURI, M. (2010). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* (arts. 181, 182, 183 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 192, Disposición Final Segunda). En F. J. ÁLVAREZ GARCÍA y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (pp. 225-248). Tirant lo Blanch, p. 236; DÍAZ MORGADO, C. (2015). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. En M. CORCOY BIDASOLO, S. MIR PUIG (Dirs.) y J. S. VERA SÁNCHEZ (Coord.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Tirant lo Blanch, p. 655; MORALES PRATS, F. Y GARCÍA ALBERO, R.M. (2016). *Comentario introductorio al Título VIII*. En G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al Código Penal español: Artículos 1 a 233*. Aranzadi; CARUSO FONTÁN, M. V. (2017). La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿Regreso de los delitos de propia mano? *La Ley Penal*, 128, p. 3; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2019). Alegato contra un Derecho Penal sexual identitario. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>, n.p. 53; MONGE FERNÁNDEZ, A. (2019). *Delitos sexuales*. En M. POLAINO NAVARRETE (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (2.ª ed.). Tecnos, p. 250; RAGUÉS I VALLÈS, R. (2021). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. En J. M. SILVA SÁNCHEZ y R. RAGUÉS I VALLÈS (Coords.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial* (7ª Ed., pp. 131-156). Atelier, p. 131; VILLA SIEIRO, S. V. (2022). *Medidas penales frente a la victimización sexual de las personas menores de edad y las personas con discapacidad intelectual: el tratamiento penal del abuso y agresión sexual*. En M. M. GONZÁLEZ TASCÓN (Coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual* (pp. 177-213), p. 182; MUÑOZ CONDE, F. (2022). *Derecho Penal Parte Especial* (24ª Ed.). Tirant lo Blanch, p. 229, se pronuncia respecto del art. 180 CP vigente en 2022, entre otros.

concepción de los actos de naturaleza sexual, precisamente, como ya hemos tenido ocasión de tratar, precisamente a partir de la posibilidad de incidir a través de elementos virtuales o de telecomunicación en tales ámbitos.

De tal postura, se extraen importantes consecuencias en atención a la ausencia de restricción para la admisión de la autoría mediata⁵⁹⁴ y de la autoría directa y no la participación de otros intervinientes tercero en el delito. Lo anterior sería motivo de un estudio monográfico sobre la cuestión, sin perjuicio de que entendemos necesario plantear al menos el escenario teórico, en el estudio de los elementos personales del consentimiento sexual, como elemento del típico objetivo de carácter esencial.

1.1.2. Elementos esenciales de carácter personal frente a los elementos accesorios o perimetrales: la cuestión del error en tales factores y su trascendencia respecto del consentimiento sexual.

Debemos reflexionar sobre los elementos que componen la esfera personal del consentimiento, así como sobre su esencialidad e inessentialidad a la hora de valorar los efectos de su ausencia. En concreto, comenzamos por valorar la relevancia del error en la identidad de la persona/s con la/s que se consiente mantener la relación o interacción sexual.

Tal factor constituye, a nuestro juicio, un elemento esencial del consentimiento, de forma que un error en este sentido posee efectos invalidantes

⁵⁹⁴ V. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1997). Razones y sinrazones para una reforma anunciada. *La Ley*, 1420, 1-9. Muy recientemente, destacamos a POZUELO PÉREZ, L. (2022). La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas. *InDret*, 1, 206-229.

de aquél. De esta forma, por ejemplo, si una persona, en una fiesta de disfraces, haciéndose pasar por la pareja de la víctima, realiza sobre ésta tocamientos en zonas erógenas con la aparente anuencia de ésta, la aquiescencia o consentimiento del sujeto pasivo se encuentra viciado, en tanto que si conociera la verdadera identidad del autor no habría consentido tal acción sexual.

En el marco de las interacciones sexuales *online*, se plantea si es adecuado ofrecer una misma respuesta, especialmente en los casos en los que un adulto contacta con un menor, haciéndose pasar por otro menor (que exista realmente, o que sea ficticio), con el propósito de que la víctima, en la creencia errónea de estar interactuando con alguien de su misma o semejante edad, desarrolle una conducta sexualmente activa respecto de sí misma, a instancia del sujeto activo (ejemplo: pedirle que se masturbe ante una cámara). La respuesta afirmativa, en atención a ofrecer una misma significación al “engaño online” respecto de la identidad de la persona al ámbito físico, nos llevaría al plano de considerar tales actos como agresiones sexuales –o eventualmente, si hay auto-penetración, violaciones–; mientras que, si negamos tal identidad, se abre un plano de posibles respuestas, que analizaremos seguidamente.

El Tribunal Supremo, en materia de delitos sexuales, ha afirmado que “*las nuevas formas de comunicación introducen inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en la que la afectación del bien jurídico, no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismo hasta ahora inimaginable*”⁵⁹⁵

⁵⁹⁵ V. STS nº 301/2016, de 12 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1487).

En la doctrina española, existen posturas divergentes entorno a la cuestión planteada. TAMARIT SUMALLA (2018)⁵⁹⁶ niega la posibilidad de equiparar las esferas *online* y *offline* a la hora del abordaje de un abuso sexual (hoy agresión sexual, desde la LOGILS), afirmándose que *“la tesis de la asimilación de las interacciones sexuales mediante Internet a los abusos sexuales carece de fundamento fáctico y por lo tanto no resulta sostenible en el plano valorativo y político-criminal. Asimismo, no hay base empírica que permita afirmar que la relación sexual en línea con menores represente para estos una afectación a su indemnidad sexual o a su libertad sexual equivalente a la derivada de un abuso sexual llevado a cabo en un contexto de proximidad y contacto corporal propio de las relaciones sexuales en el mundo real”*.

En otro sentido, apuesta AGUSTINA SANLLEHÍ (2021, pp. 739-739)⁵⁹⁷, por entender que la diferencia entre el espacio físico y el virtual a la hora de la comisión de ciertas conductas delictivas, no justifica una categoría de “ciberdelitos” que permita *“agrupar ciertas conductas típicas que revistan determinadas características asociadas a la cibercriminalidad bajo un título o rótulo de cualquier índole en el Código Penal de un Estado”*, manteniendo que la continua “hibridación” entre el mundo *“on/offline”* justifica, precisamente, que no exista un tratamiento específico, sino que se entienda el medio (las TICS) como una *“realidad simulada, que solo existe por referencia a una realidad ligada, en última instancia, a un sustrato personal ajeno al propio ciberespacio”*, lo que conduce a que valore favorablemente la sanción del abuso sexual (hoy, agresión sexual)

⁵⁹⁶ V. TAMARIT SUMALLA, J. M. (2018). ¿Son abuso sexual las interacciones sexuales en línea? Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC. *Revista d'Internet, Dret i Política-UOC*, 26, 30-42.

⁵⁹⁷ V. AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (2021). Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad: ¿Es necesaria una dogmática del ciberdelito ante un nuevo paradigma? *Estudios Penales y Criminológicos*, 41, 705-777.

cometido sin presencia física simultánea de sujetos activo y pasivo. A tal efecto, opina que *“la lesión del bien jurídico es idéntica en ambos casos. La misma corporeidad en los delitos sexuales parece haberse convertido en un mero accidente, tocando a través del teclado la sexualidad de la víctima tan solo de forma virtual (strumming my pain with his fingers). ¿Qué se está lesionando entonces si se puede agredir sexualmente a la víctima desde la otra punta del globo?”*⁵⁹⁸

En lo que nos concierne en este momento del análisis jurídico, el citado autor patentiza su posición sobre el consentimiento libre del menor en el ámbito de las interacciones online, en relación al art. 183 bis CP (en su momento, 183 quater), al señalar lo siguiente: *“¿Al apreciarse la libertad del consentimiento debería valorarse con un mayor estándar si fue prestado online? A mi juicio, sí, en tanto que el grado de libertad en el ciberespacio, con todos sus condicionamientos, es sensiblemente menor”*⁵⁹⁹

Tal postura presenta, a nuestro juicio, alguna objeción, por cuanto el grado de libertad en el ciberespacio del menor no entendemos que sea, por definición, menor que el que disfruta en la vida “real”. De hecho, la interacción personal de un menor con el potencial sujeto activo en el ámbito sexual reviste una mayor peligrosidad respecto de la lesión de los bienes jurídicos de la libertad y de la indemnidad sexuales, por pura dinámica fáctica, en la medida que el engaño o ataque cibernético posee dos características que lo diferencian el que se plantea en la esfera física: por una parte, en el ataque virtual, el sujeto tiene unos mecanismos de elusión de la acción diversos a la vida real (véase, el mero hecho

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 721

⁵⁹⁹ *Ibid.*, P. 760

de desconectarse, puede permitir al sujeto “salir” del ámbito de acción y poder del sujeto activo); por otra parte, el sujeto que interactúa en el medio virtual posee presumiblemente un conocimiento, al menos inicial, de las peculiaridades comunicativas y de la “falsa realidad” que impera en el ámbito de las relaciones humanas cibernéticas. En este sentido, aun cuando el menor tenga una formación incompleta de sus esferas de desarrollo y madurez, es difícil sostener que desconozca la existencia de múltiples simulaciones y disimulaciones en el ámbito cibernético.

En la praxis, es frecuente que los propios menores “proyecten” una imagen y una realidad que no suele coincidir con la que verdaderamente acontece. Aspectos como sumarse años, cambiar el aspecto físico, presumir de ciertos conocimientos, desplegar incluso una imagen de promiscuidad o de experiencia sexual de la que se carece, son ardidess propios del código relacional propio de Internet. Por ello, a diferencia de AGUSTINA, no concebimos que la presentación de la realidad virtual como un ámbito esencialmente más peligroso, sino precisamente al contrario, un ámbito en el que existe, por la ubicuidad en el acceso y el anonimato en el uso del medio, una mayor suspicacia y mayor desconfianza de los interlocutores entre sí. Es cierto, no podemos negarlo, que la ausencia de contacto físico, paradójicamente, puede favorecer ciertas prácticas sexuales, especialmente en un momento incipiente, donde se conjuga la necesidad de exploración de la realidad, la curiosidad e incluso una cierta excitación propia derivada precisamente de ese contexto de anonimato, donde uno puede explayarse en sus fantasías y en sus manifestaciones verbales, así como en las prácticas corporales. Mientras que desnudarse delante de un desconocido en el plano físico a veces trae consigo una cierta vergüenza o pudor,

tales factores se ven un tanto atemperados cuando, desde la soledad de una habitación (es decir, desde una intimidad real), se crea un espacio de intimidad compartida virtual, en la que cada sujeto que interactúa asume tener un cierto “control de la situación”, puesto que, al fin y al cabo, mirando a su alrededor, está solo o sola en esa habitación.

1.1.3 Conclusiones respecto del error en los elementos esenciales y perimetrales de carácter personal.

A nuestro juicio, el error en la persona en el espacio físico no debería obtener un tratamiento homogéneo, en los casos de interacción sexual en el plano real, frente a los casos de interacción en el plano virtual.

En el primer caso, en el plano real, consideramos que estamos, efectivamente, ante un error en el consentimiento que permite incardinar la conducta sexual en el actual ámbito de la agresión sexual. En el segundo supuesto, en el ámbito del error *in personam* en la prestación del consentimiento, habrá de dilucidarse si la conducta ha consumado algún delito que castigue actos preparatorios (como el *sexting*), que exige el embaucamiento para facilitar material pornográfico de un menor, y si, respecto del material suministrado, ha sido creado *ad hoc* o se poseía por el menor, fruto de una acción sexual autónomamente realizada y grabada con otro propósito, y que se ha utilizado para esta interacción (ej. un vídeo precedente). Tal será la figura aplicable, en los casos en los que, creando una situación de error en la persona de la víctima, el autor consiga que le facilite material pornográfico de ese menor o de un tercer menor.

Sin embargo, en los casos en los que, sin violencia ni intimidación, el adulto que se haga pasar por menor, pida a este que elabore imágenes o practique actos de carácter sexual sobre sí mismo, movido el menor a practicar tales actos por la creencia de que, con quien interactúa, es otra persona (otro menor, generalmente), la conducta del adulto no entendemos que deba subsumirse en una agresión sexual. Ello supone equiparar el plano virtual y el físico, y no nos parece convincente que, ni la energía criminal ni el desvalor de la acción sea equiparable a aquel sujeto de que desarrolla físicamente la acción sexual.

En la medida que el sujeto pasivo no conoce la verdadera identidad del interlocutor, está participando voluntariamente en una conducta riesgosa. La veracidad de las manifestaciones del otro interviniente en el acto comunicativo, no pueden llevar a considerar que exista un “derecho a la veracidad”⁶⁰⁰ en el ámbito de la interacción sexual virtual⁶⁰¹, ni sobre la identidad del sujeto con el

⁶⁰⁰ Sobre la inveracidad en Derecho Penal y sus consecuencias, cabe reseñar la aportación de SILVA SÁNCHEZ, J.M. (1999). Las inveracidades de los particulares ante el Derecho Penal. En SALVADOR CODERCH, P. Y SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1999).. En *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho Penal: dos estudios de dogmática jurídica*. Civitas, pp. 77 y ss.

⁶⁰¹ En la conducta de retirarse sin consentimiento de la otra parte de la pareja el preservativo, lo que se ha venido a conocer con el anglicismo “*stealthing*”, entiende COCA VILA, I. (2022). El *stealthing* como delito de violación. Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre. *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal. Sección Coordinada Por Ramón Ragués i Vallès*, 4, 293-308. que el art. 178 CP comporta una tutela por el Derecho Penal de la veracidad (en concreto, habla de una “pretensión de veracidad de la víctima”) referida a la acción sexual, que el autor identifica en este caso con un medio concreto, como es el uso del preservativo, lo que evidentemente nos conduce a inducir que, en un caso de error *in personam*, por inferencia argumental *a fortiori* (*ad minorem ad maius*), la inveracidad en la persona con la que el sujeto pasivo cree estar interactuando deriva en una lesión de dicho precepto, cuando se desarrolle una acción sexual cibernética. En sentido contrario, favorable a la incriminación del *stealthing* como una modalidad de agresión sexual, expresamente se pronuncia GÓMEZ NAVAJAS, J. (2023). Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja. En P. GARCÍA ÁLVAREZ, V. CARUSO FONTÁN (Dirs.), M. RODRÍGUEZ RAMOS (Coord.), *La perspectiva de género en la ley del «solo sí es sí»* (pp. 173-199). Colex, p. 188.

que se interactúa, ni tampoco, como vamos a analizar seguidamente, sobre sus cualidades personales, creencias, gustos o cualesquiera cuestiones accesorias.

De la misma manera que el sujeto activo *online* no conoce certeramente la edad y circunstancias del teórico pasivo (es decir, puede ser otro adulto haciéndose pasar por menor, o un verdadero menor, o un adulto varón haciéndose pasar por mujer y un largo etcétera de posibilidades), sucede igual en sentido contrario⁶⁰².

Si el menor remite material pornográfico de sí mismo o de un tercero, efectivamente se habrá verificado la conducta del art. 183 ter 2 CP. En su caso, si se ha conseguido que el menor elabore dicho material, se podrá castigar adicionalmente por el art. 189 CP, en su modalidad de elaboración de material pornográfico. Ambos tipos sancionan, bien un acto preparatorio peligroso a través de Internet, bien un acto ejecutivo en relación a una plasmación audiovisual o gráfica de una acción sexual del menor realizada sobre sí mismo. En ningún caso, ni uno ni otro, comportan la sanción por lo injusto específico de la acción sexual in consentida del menor sobre sí mismo. En esencial, porque lo que el menor ha desarrollado sí ha sido una acción consentida, al menos, en el elemento nuclear o central del consentimiento: sabía que era una acción sexual y su voluntad era la de realizar la conducta autosatisfactiva.

⁶⁰² Exceptúese el caso en que la interacción sexual online se hubiera concertado con persona determinada, específica y cuya identidad se conozca ex ante (ej. una “cita *online*” para mantener sexo entre dos personas que sean pareja en la vida real). En este caso, sí podemos advertir esa equivalencia entre lo real y virtual, puesto que el medio cibernético no pasa aquí de ser una mera herramienta para esa concreta acción que tiene una continuidad en el plano físico real.

Cierto es que se puede aducir que el menor no “quería” hacerlo con esa persona si hubiera sabido su verdadera edad. Pero, nuevamente, volvemos a la cuestión de que, si la interacción sexual voluntaria es la “verdadera”, entendiendo aquella que está libre de falsedad alguna, de disimulación o de mentira, nos llevaría a resultados injustos, desproporcionados y contrarios a la esencia de protección de los bienes jurídicos amparados en este Título del Código Penal. De hecho, hilada la cuestión ya con el error sobre las circunstancias personales de la persona con la que se interactúa sexualmente, sostener como hemos señalado previamente un derecho a la veracidad nos conduce a una intervención penal desenfocada del verdadero objeto de protección. Ni estamos ante una tutela de la “moral sexual”, ni de la “veracidad” o “fidelidad a la realidad” como valores aceptables en una sociedad moderna y plural en el ámbito de la intervención punitiva del Estado en materia penal. Un “sexo seguro” no es objeto de protección (como ya explicamos, en discrepancia con la postura de ACALE SÁNCHEZ), como tampoco lo es un “sexo sin mentiras” o “sexo sincero”.

La ausencia de veracidad en el ámbito de una relación o interacción sexual solo tiene relevancia, a nuestro juicio, cuando mediante tal falsedad se lesiona la vida o salud de la persona con la que se interactúa, de manera dolosa –aun eventualmente– o por imprudencia. No es trascendente tal inveracidad en la acción sexual, sino solo en la medida que de la acción consentida se derive un resultado de lesiones, en atención a dicha cuestión (véase, en la transmisión de una ETS por ausencia de manifestación del sujeto que, consciente de su padecimiento, no comunica a la otra persona tal cuestión, para evitar su contagio). Al margen de ello, las demás distorsiones de la verdad, incluso

afectando al consentimiento, no pueden equipararse a inexistencia del mismo (ejs. estado civil, edad –más allá del marco de la edad de consentimiento sexual–, condiciones físicas, salud, capacidad económica, situación sociocultural, etc.). Así, por ejemplo, ¿podría llevarnos a pensar que una persona transexual que no haya confesado a su amante que nació siendo biológicamente mujer u hombre y ha cambiado su sexo, ha “violado” por ello a la persona con la que ha mantenido una relación sexual, exclusivamente por esa falta de veracidad en un dato de su biografía, que no está obligada a revelar? La respuesta debe ser negativa. Igualmente sucede con aquel que oculta o engaña a su pareja sobre su bisexualidad, sus convicciones religiosas, políticas, su origen o cualesquiera aspectos que, aunque pueden ser determinantes en otros planos, no afectan a la esencia del consentimiento sexual penalmente tutelado, que debe centrarse, nuclearmente, en el contenido sexual de la acción y no en los elementos periféricos, de motivación o inclinación psicológica del individuo para consentir.

En definitiva y recapitulando nuestra reflexión sobre el elemento personal del consentimiento, entendemos que la identidad y circunstancias del individuo no son factores equivalentes, a la hora de poder afectar a la validez del consentimiento, como tampoco lo es el hecho de que la interacción sexual sea real o virtual.

Mientras que en el ámbito sexual real, las interacciones personales implican una esencialidad de la identidad de los intervinientes; en el virtual, tal elemento no pasa de ser puramente accidental, por la naturaleza y reglas propias del medio. Ello no excluye la sanción de los delitos sexuales como el *grooming* o *sexting*, ni la elaboración o captación de menores en la cuestión de la pornografía

infantil, pero sí supone una cuestión problemática para que se pueda admitir, a nuestro juicio –en condiciones de equivalencia– como una modalidad de agresión sexual *online* (violación *online*) los casos en que exista un error en la identidad del sujeto activo, en su edad, o en sus circunstancias.

El intercambio sexual no convierte a cada interviniente en acreedor de información personal del otro, ni del conocimiento de su biografía, circunstancias, ni de su presente ni su pasado. Tampoco, reiteramos, el ejercicio de una sexualidad interactiva se sustenta en un marco de mutua veracidad entre los intervinientes. No puede ser un elemento del tipo del art. 178 CP, porque la libertad sexual no tiene como presupuesto la “veracidad sexual”. Ni siquiera actualmente puede ser un elemento valorado en el ámbito de las relaciones de mayores de 16 años con otros de mayor edad (en el supuesto del art. 182 CP, en su versión anterior a la LOGILS).

Solo un engaño que implica el prevalimiento de una de las partes respecto de la otra en el marco de una acción sexual, que determine una invalidez del consentimiento, nos llevaría al ámbito de la actual agresión sexual. Y esta calificación no admite, a nuestro juicio, una aplicación extensiva a todos los casos en los que exista una situación de “inveracidad” en los elementos modales o circunstanciales que acompañan al consentimiento sexual, de manera periférica al núcleo esencial del mismo.

1.2. Elementos objetivos: sobre qué factores se consiente en el marco de la acción sexual.

De la teoría general de los contratos, en el ámbito del Derecho privado general, se deduce que todo objeto de acuerdo ha de ser, axiomáticamente, “posible, lícito y determinado”⁶⁰³. Sin embargo, tales postulados no son extrapolables, de una manera automática, al ámbito del consentimiento sexual, por presentar, atendida la singularidad de la interacción y de las circunstancias generalmente concurrentes al tiempo de su prestación, notables singularidades respecto al objeto del consentimiento (sobre qué se consiente), como también en lo atinente a la forma que dicho acuerdo adopta. En no pocas ocasiones, existirá acuerdo en realizar una acción sexual, pero pueden existir incomunicaciones, incomprensiones o imprecisiones en la manifestación de la voluntad respecto de los elementos circunstanciales de tiempo, lugar o forma.

El planteamiento de la sexualidad humana como fotogramas, como una actividad estática y no dinámica, es uno de los más frecuentes errores conceptuales, a nuestro juicio, en el que se hunde tanto la legislación penal vigente como por los proyectos que, desde el ámbito europeo, vienen a profundizar en esta misma cuestión, y también en las exégesis de la actual norma por los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal.

La acción sexual se construye en un fluir continuo de decisiones. Es una actividad compleja, en el plano etimológico, es decir, integrada por actos simples. Por ello, atender a que la acción sexual depende un solo consentimiento (siempre se alude al concepto en singular, es “el” consentimiento, y no “los” consentimientos), simplifica al máximo una relación tan heterogénea, en una

⁶⁰³ V. a estos efectos, los ya clásicos artículos 1261, 1271, 1272 y 1273 del Código Civil español de 1889.

reducción binaria (sí o no), y tales elementos no son susceptibles de ser individualizados y verificados de una manera separada.

El consentimiento sexual no debería desorbitarse en sus planteamientos, ni conducirse a un cauce ajeno a su ámbito natural, a la luz de los puntos de partida de los defensores del consentimiento “expreso y afirmativo”. Esencialmente, porque concebir las interacciones sexuales bajo los parámetros cartesianos de la relaciones jurídico-patrimoniales, desde una extrapolación a la materia contractual⁶⁰⁴, es reduccionista al exceso.

Se desatiende la significación de la acción sexual en su faceta relacional humana, en una pretensión de crear unos escenarios relacionales en materia sexual inexistentes, por artificiales, como sería considerar que la acción sexual pactada es un elemento de vínculo obligacional, una prestación exigible.

⁶⁰⁴ En esta materia, hacemos las anteriores disquisiciones, en una correlación con los postulados que, desde alguna corriente del feminismo actual, aluden a la teorías contractualistas para explicar las relaciones sociales en el ámbito del sexo. Para PATEMAN, C. (1995). El contrato sexual (M. L. FEMENÍAS, Trad.). Anthropos, passim, efectuando una profunda valoración de los postulados de voces como las de KANT, HEGEL o ROUSSEAU, valora que la narración del contrato sexual es fundamental para comprender el patriarcado moderno, interpretando las relaciones del ser humano en la sociedad en función de ese “contrato sexual”, que no solo se concibe, en un sentido amplio, como el factor un político clave en la sociedad patriarcal, sino que desciende a lo concreto en las relaciones hombre-mujer en los diversos ámbitos, también en el íntimo de la sexualidad, donde PATERMAN concibe a la mujer como un sujeto pasivo en la relación, a la que se le impone un rol de dominación patriarcal, en una relación que describe ese “contrato hombre-mujer” como expresión de la hegemonía machista.

En efecto, desde la oposición a la sesgada dicotomía planteada por la autora, entendemos rescatable para nuestro análisis sin embargo el influjo que estas ideas del “feminismo de segunda ola” han traspasado a los movimientos actuales, en la medida que la valoración del consentimiento, para nosotros desde la premisa de una perspectiva negativa y sospechosa de la interacción sexual, en la que se aplica además una lógica “penetrativa” (el dominante es “el penetrador”, la dominada es “la penetrada”), llevan a que estemos cada vez más cerca de un verdadero contrato entre extraños desconfiados entre sí, como se extrae de MALÓN MARCO, A. (2021). *Op. cit.* n. 19, pp. 124-125.

Lo anterior, nos lleva a inferir relevantes dosis de ingeniería social o creación de un nuevo orden social en el ámbito relacional-sexual a partir de la actual configuración del consentimiento sexual en la norma penal (especialmente, en su exégesis más reciente).

Predomina un enfoque *hiperintervencionista* en la tutela penal, alejada de la protección de bienes jurídicos y más cercana a la tutela de valores “ético-sociales”⁶⁰⁵ ligados a una moral sexual dominante, determinada por una concepción de las interacciones sexuales como actividades potencialmente peligrosas, presumiblemente (*iuris tantum*) indeseadas⁶⁰⁶, frente a las que el Derecho Penal actúa de una manera cada vez más incisiva, en una tendencia irrefrenada a una interpretación en clave objetiva de ciertos aspectos de lo injusto de la agresión sexual (el referido a la necesidad, de acuerdo con este nuevo deber de diligencia, de haber recabado previamente a la acción sexual), como tipo básico vertebrador de la intervención penal en este ámbito⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ V. JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación* (J. CUELLO CONTRERAS Y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Trads.; 2.ª ed.). Marcial Pons, p. IX.

⁶⁰⁶ Advertimos en los impulsos normativos y en la interpretación de la materia que nos ocupa, la dicotomía resaltada por BAUMAN entre los “amigos” y “enemigos” en los que se segrega la sociedad actual posmoderna. En sus palabras (las cursivas son suyas) “son amigos aquellos de cuyo bienestar soy responsable *antes* de que correspondan y *prescindiendo* de su reciprocidad (...)” y son “enemigos” aquellos “que deniegan la responsabilidad a favor de mi bienestar *antes* de que yo admita mi responsabilidad por los otros y *prescindiendo* de mi renuncia”. BAUMAN, Z. (1996). Modernidad y Ambivalencia. En J. BERIAIN (Ed.), *Las consecuencias perversas de la modernidad* (pp. 73-119). Anthropos

⁶⁰⁷ La perspectiva que se impone en las más recientes interpretaciones de la Fiscalía General del Estado (cfr. n. 22, p. 23) en relación a la cuestión de la prestación del consentimiento sexual, no es la promover la sanción penal de aquel que mantenga una relación contra la voluntad o sin la voluntad del sujeto pasivo, sino que se entiende penalmente relevante la conducta de toda persona que no verifique diligentemente la concurrencia de una clara expresión de la voluntad afirmativa del otro participe en la realización de la conducta sexual. La acción sexual debe ser, según se infiere de la exégesis promovida por este órgano, pactada o acordada con la diligencia debida en la verificación del consentimiento y sus circunstancias.

Tal entendimiento, propio de una concepción del Derecho Penal más cercana a las tesis normativistas-funcionalistas, no se concilia con nuestra concepción finalista, en la que la primacía del bien jurídico frente a la mera vigencia de la norma es el factor esencial de la intervención penal.

Como advierte DÍEZ RIPOLLÉS (1997, p. 13)⁶⁰⁸ *“todo modelo de intervención penal que se ajuste a los principios de lesividad e intervención mínima debe respetar los límites que son inherentes a la política criminal sin pretender desarrollar tareas que solo competen a una Política social en toda su extensión: Mientras esta puede asumir legalmente labores de transformación social, que tenderán a aproximar la estructura y realidades sociales a aquellos fines superiores, eventualmente constitucionalizados, que inspiran el consenso social alcanzado, la Política Criminal debe limitarse a contribuir al control social”*.

En tal razón, el Derecho Penal al que debe aspirar un Estado de Derecho que se preste reconocerse como tal, es aquel en el que se establezcan mínimos indisponibles para la protección de los bienes jurídicos de mayor calado, con respeto a los principios materiales y político-criminales esenciales. Si se procura erigir la norma penal como paradigma o protocolo de actuación en el ámbito privado, para disciplinar la forma, modo y condiciones de las interacciones sexuales de los ciudadanos, se deturpa absolutamente su sentido y legitimidad.

No es admisible, dicho de otro modo, que se extraiga de su ámbito natural las relaciones sexuales para observarlas desde la potencialidad delictiva, como

⁶⁰⁸ V. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1997a). El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista. Jueces para la Democracia, 30, 10-19.

una actividad de riesgo, incluso negativa, que hay que reglamentar a través de la voluntad de los partícipes, en un clima de artificialidad que disiente de los elementos afectivos o emocionales que, en línea de principio, se predicen de las interacciones sexuales (al margen de la actividad sexual en el marco de la prostitución).

Mucho menos, aun, es que se tenga que adecuar la actividad sexual “real” de los ciudadanos a exigencias artificiales del Derecho Penal, que se exceda en su función tuitiva (puramente mínima y residual) para convertir las interacciones sexuales en una actividad en la que el sujeto activo (particularmente, el varón, desde la preponderancia de criterios identitarios) deba velar, como dice la propia Fiscalía General del Estado, por observar un “*deber de diligencia*”⁶⁰⁹ que consiste en “*explorar de un modo responsable el consentimiento de la otra parte antes de ejecutar sobre ella actos con significación sexual*”, no bastando con que exista un consentimiento sexual, sino que se “*recabe*”⁶¹⁰ (expresamente, se entiende) tal consentimiento.

A la par, si el propio consentimiento sexual se desenfoca del que debiera ser su objeto (la acción sexual) para abarcar otros aspectos periféricos, que son ajenos al núcleo esencial (modos, motivaciones, formas de actuación), la consecuencia es la ampliación desmesurada del foco de intervención penal a través de la figura de la agresión sexual, desdibujando sus contornos y equiparando, a efectos de la tipicidad, elementos tan dispares como una acción sexual sin consentimiento a una acción en la que, concurriendo el mismo en la

⁶⁰⁹ Op. cit. n. 22, p. 23.

⁶¹⁰ Ibidem., p. 19.

dinámica sexual, no se hubiera recabado o consentido en un extremo particular (ej. eyacular dentro de la pareja).

Igualmente sucedería en todos los casos en los que existiera un error sobre los motivos determinantes de la prestación del consentimiento, si tales factores periféricos se consideran equiparables al núcleo esencial de tal elemento, que es la acción sexual.

Un modelo interpretativo como el que propone la Fiscalía General puede llevarnos a consecuencias jurídico-penales inadmisibles, como la teórica incriminación como tentativa de agresión sexual de toda acción respecto de la que el sujeto no hubiera recabado el consentimiento expreso de la otra persona, en la medida que obra con conciencia y voluntad de realizar la acción sexual sin haber obtenido de forma clara el consentimiento expreso de la persona con la que interactúa⁶¹¹. Dice la Circular mencionada, textualmente: *“deben considerarse no consentidos aquellos actos de carácter sexual realizados por quien, a pesar de no obtener previamente indicios objetivamente razonables del consentimiento de la otra persona, actúa de todos modos, pretendiendo comprobar a través de la reacción suscitada de contrario (de la conformidad u oposición que despierta) si existe o no el consentimiento”*. Si la acción despertara la conformidad, la cuestión se resolvería como una potencial tentativa de agresión sexual; en caso de que no existiera, se consumaría tal delito. Por ello, la propuesta exegetica de este órgano sobre el consentimiento sexual no puede ser compartida.

⁶¹¹ Respecto del tratamiento en nuestro ordenamiento de la tentativa, resulta de particular interés la aportación de ALASTUEY DOBÓN, M. C. (2011). Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 5, 13-53.

En otro orden, solo del ámbito de la prostitución puede derivarse, de una manera clara y expresa, por la propia naturaleza del acto (sexo por dinero), una “negociación” previa al acto sexual crematístico del término. La prostitución constituye el paradigma de la acción sexual estipendiada, como objeto de una prestación, no propiamente contractual (por virtud de los arts. 1261 y 1275 CC, que impiden considerar válidos los contratos con una causa contraria a la moral o al orden público), pero que se asemeja en cuanto a su dinámica a una prestación de servicios. La persona que recibe el estipendio se presta al desarrollo de una actividad generalmente no deseada (lo que es penalmente irrelevante), pero sí consentida o asumida en su voluntad de realización, si bien motivada en dicha disposición de la voluntad a la obtención de un lucro⁶¹².

Sin embargo, incluso dentro del ámbito de la actividad sexual estipendiada, el objeto del pacto se desarrolla y describe en distintas claves, de manera que no es apropiado siquiera referirse a la prostitución, desde el plano del objeto de la acción que se desarrolla, de un modo simplificador o reduccionista a la mera acción sexual⁶¹³, puesto que existen componentes que forman parte de la propia dinámica relacional específica de la “prestación sexual” que la singularizan y que justifican, de hecho, la existencia de una diversidad de oferta y demanda sexual. Desde contactos presididos por la frialdad y asepsia, puramente mecánicos; a otros, en los que se trata de ofrecer un servicio sexual en una transitoria e ilusoria “intimidad” con una emulación afectiva (los casos de

⁶¹² V. SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J. E. (1983). Prostitución y Código Penal. Universidad de Valencia, p. 27, cuando evidencian la absolutización de las relaciones comerciales, que también se traduce en el ámbito de esta clase de relaciones sexuales.

⁶¹³ En este sentido, también así se pronuncia GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2020). Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-10.pdf>, pp. 2-3.

las llamada prostitución “Girlfriend Experience” o GFE⁶¹⁴), cuya prevalencia ha aumentado, entre otros factores, por el aislamiento social y emocional que manifiestan muchos de los consumidores de esta clase de actividad⁶¹⁵.

Mientras en una relación en el marco del trabajo sexual la línea general de esta clase de relaciones es la mutua “desconfianza”, derivada de que el sexo se convierte en objeto de una prestación, en la que cada parte está obligada a dar algo para conseguir otro elemento (esto es, una causa del contrato “onerosa”, en el sentido contractualista del término, ex art. 1274 CC), en el ámbito del resto de interacciones sexuales no puede generalizarse tal esquema.

El presupuesto del que ha de partir cualquier intervención del ordenamiento, a nuestro juicio, no debiera ser la presunción de falta de consentimiento en el ámbito sexual⁶¹⁶, ni el planteamiento puramente adversativo entre las partes, a modo de la dialéctica entre dos posturas antagónicas. Menos aun en relaciones humanas en las que existe, al menos en un

⁶¹⁴ En castellano, “experiencia de novia”. Se trata de una propuesta, en el ámbito del ejercicio de la prostitución femenina, en que se ofrece al sujeto que abona la cantidad pactada una experiencia, no solo sexual, sino que se pretende proyectar hacia conductas como caricias, abrazos y un conjunto de actos con mayor contenido “romántico” y menos “erótico”. Sobre esta cuestión, han escrito autoras como DINNIN HUFF, A. (2011). Buying the Girlfriend Experience: An Exploration of the Consumption Experiences of Male Customers of Escorts. *Research in Consumer Behavior*, 111-126. [https://doi.org/10.1108/s0885-2111\(2011\)0000013010](https://doi.org/10.1108/s0885-2111(2011)0000013010). Como señalan MILROD, C. y MONTO, M. A. (2012). The Hobbyist and the Girlfriend Experience: Behaviors and Preferences of Male Customers of Internet Sexual Service Providers. *Deviant Behavior*, 33(10), 792-810. <https://doi.org/10.1080/01639625.2012.707502>, se pretende replicar algunos aspectos de las relaciones afectivas o románticas convencionales, no sustentadas en una transacción económica.

⁶¹⁵V. MORCILLO, S. (2017). Contrabando de afectos, fugas de capitales y otros desplazamientos. Relaciones de sexo comercial más allá de las fronteras de la prostitución. Cuadernos Pagu, 49. <https://doi.org/10.1590/18094449201700490015>

⁶¹⁶ Frente a este planteamiento, existen posturas críticas, como la recientemente expresada por RAMÓN RIBAS, E. (2023). Aciertos y desaciertos en la reforma de los delitos sexuales. En P. GARCÍA ÁLVAREZ, V. CARUSO FONTÁN (Dirs.), M. RODRÍGUEZ RAMOS (Coord.), *La perspectiva de género en la ley del «solo sí es sí»* (pp. 359-410). Colex, que se pronuncia expresamente a favor del consentimiento expreso afirmativo, p. 388.

número preponderante de casos, vínculos de afecto entre los miembros. No nos encontramos en un marco de relaciones en las que sea preciso *ex natura* que se fijen unos términos estrictos, para evitar la imposición supremacista de una respecto de la otra parte⁶¹⁷.

En la mayor parte de los casos, las interacciones sexuales son manifestación de relaciones humanas sustentadas en otros valores e intereses diversos al ámbito puramente económico-transaccional puntual (desde la simple atracción, al afecto, la compañía humana, el amor, la búsqueda del placer erótico, etc.).

Son todos ellos elementos de carácter emocional, algunos coyunturales, otros con una mayor vocación de persistencia en el tiempo. No es posible descontextualizar la interacción sexual del marco relacional humano en que ésta se gesta y desarrolla. La interacción sexual humana, como actividad cooperativa no requiere de un análisis, reflexivo y ponderado, por parte de los integrantes de una relación de las ventajas y desventajas del contacto que se va a desarrollar o

⁶¹⁷ De hecho, a pesar de que la teoría del consentimiento afirmativo camina hacia una suerte de contractualización de la interacción sexual, incurre en el exceso de no asumir, como premisa, una “*par conditio*” de los intervinientes, que caracteriza como línea de principio a la autonomía civil de la voluntad expresada en el contrato. Al revés, la regulación se enfoca desde un postulado de intrínseca supremacía de uno de los partícipes en la acción frente a otro (en clave de los postulados identitarios, una relación hombre –poderoso y penetrador– vs. mujer –sometida y penetrada–), que lleva precisamente a promover una regulación en la que la mujer aparece como “vulnerable” y digna de una tutela reforzada, en la que la positivización del consentimiento sexual supondría una garantía de que existe una “negociación” y no una mera “adhesión”, por extrapolar los términos contractualistas. En este mismo sentido, se orienta la “perspectiva de género”, como criterio exegético transversal a la instrucción y el enjuiciamiento penal de esta clase de delitos.

se está desarrollando⁶¹⁸. De hecho, la propia fisiología humana⁶¹⁹ y las dinámicas relacionales imponen, en ocasiones, un apremio en este ámbito, que se oponen a la reflexión y ponderación exigibles a los negocios jurídicos.

Por ende, aunque en un plano ideal imperara la racionalidad, la ponderación y el cartesianismo, en el ámbito sexual no se puede atender a imponer estándares impropios del ámbito relacional en que éstas se producen, en un marco de intimidad compartida, que tiende a la reducción de los marcos formales y al auge de los factores de comunicación tácitos.

En el ámbito de las relaciones de pareja, por antonomasia y de una manera especialmente intensa, existen ciertos códigos verbales y no verbales, que entre los íntimamente ligados poseen una significación propia, singular y diferenciada respecto de lo que, en un sentido general pudiera significar para un observador objetivo ajeno a tal ámbito comunicativo. Es un lenguaje de miradas, de gestos, de palabras –muchas veces, en “doble sentido”–, y que no parecen al alcance de un juzgador externo, que valore la claridad de tales gestos o elementos.

Los silencios en el ámbito sexual no se pueden presumir negativos, como regla de principio. Incluso existen consentimientos expresados en forma aparente

⁶¹⁸ Coincidimos con MALÓN MARCO (2021), *La doctrina del consentimiento afirmativo* (M. A. Boldova Pasamar, Prolog), Aranzadi, pp.232-233, cuando advierte, respecto del consentimiento afirmativo, que tal postulado parte de un “consentimiento básicamente racional, conteniendo una encomiable confianza en la capacidad de las personas para ser, también en la esfera del deseo erótico, seres cabales, sensatos, racionales, sinceros, objetivos, etc. Se cree que, efectivamente, también en el terreno del deseo, los seres humanos somos o podemos ser absolutamente racionales, al menos si la ley nos lo exige”. En efecto, ello supondría proyectar un ideal de la relación humana en la que, desde la asertividad y la racionalidad, las partes se encuentran, lo que no es ni habitual ni exigible como parámetro general.

⁶¹⁹ En concreto, y sin ánimo de exhaustividad, el sistema nervioso simpático desarrolla lo que entendemos como “deseo sexual”, y el sistema parasimpático es el responsable de la excitación sexual, que concluye en el climax sexual.

o inicialmente negativa, que en el ámbito de la pareja, pueden poseer otra significación.

Además, el objeto del consentimiento en el ámbito sexual es absolutamente variado, desde prácticas puramente satisfactivas de carácter más “estandarizado” en términos de frecuencia estadística⁶²⁰, como son las relaciones sexuales más o menos convencionales, frente a las actividades sexuales de carácter poco frecuente o residual, incluso algunas de carácter grupal o incluso, desviadas de los estándares clínicos. Todos estos elementos carecen de relevancia jurídico-penal a los efectos del objeto de afectar a la validez consentimiento sexual⁶²¹.

1.2.1. Prácticas sexuales con componentes de violencia o dominación sexual consensuada (referencia al BDSM).

En correlación con tratamiento jurídico que merecería el consentimiento que tenga por objeto otro tipo de prácticas sexuales no convencionales, o no mayoritarias, como las relaciones en las que, al erotismo y sexualidad se adicionan componentes de dominación bajo la forma de violencia de baja

⁶²⁰ V. HALPERN-FELSHER, B. L., CORNELL, J. L., KROPP, R. Y. y TSCHANN, J. M. (2005). Oral Versus Vaginal Sex Among Adolescents: Perceptions, Attitudes, and Behavior. *Pediatrics*, 115(4), 845-851. <https://doi.org/10.1542/peds.2004-2108>;

⁶²¹ Lo que no excluye, por supuesto, que si para desarrollar una eventual conducta parafilica, consentida individual o colectivamente por los partícipes de la acción sexual, fueren lesionados otros bienes o intereses jurídicamente indisponibles para los sujetos intervinientes, exista una potencial sanción penal por tales conductas. Estamos pensando en el ejemplo en el que de dos –o más– sujetos que presenten una inclinación hacia la necrofilia. Si tal conducta les llevara, por ejemplo, a allanar un establecimiento mortuorio o tanatorio para actuar sexualmente con cadáveres, o se procediera a una exhumación ilegal de restos o cualesquiera otras conductas semejantes, tales conductas –ilícitas– no afectarían a la validez del consentimiento sexual entre los partícipes derivado del hecho de que el “objeto” o la “causa” sea “ilícita” –puesto que no estamos en el ámbito civil contractual, precisamente, con lo que el consentimiento, penalmente considerado, no se vería afectado por tal extremo–. Ahora bien, serían susceptibles *in genere* de una respuesta sancionadora por el Derecho Penal (abstractamente, v. arts. 203 o 526 CP).

intensidad, que es convenida entre los integrantes del comportamiento sexual correspondiente. Tanto el *bondage* como el sadomasoquismo son consideradas como conductas parafilicas⁶²² en la actualidad. Ello no obsta para la validez del consentimiento sexual, pero puede poner en tela de juicio algunas particularidades e incluso la licitud del concepto de consentimiento, según el entendimiento que del mismo se efectúe.

En el ámbito de la integridad física existe un margen de disponibilidad de la persona, que lleva a que las acciones objetivamente encuadrables en el maltrato de obra sin causar lesión (147.1 CP) y las lesiones de menor gravedad, que constituyen el tipo básico de lesiones (147.2 CP)⁶²³, puedan ser castigadas o no en atención a la decisión del sujeto pasivo acerca de su denuncia (art. 147.4 CP).

⁶²² Véase en el DSM- V, Guía de Consulta de Criterios Diagnósticos de la Asociación Americana de Psiquiatría (APA), referencial en el ámbito de la salud mental, en el Código 302.83(F65.51). De hecho, en el propio texto, se señala como solo se considera una enfermedad mental en la medida que genera un perjuicio o sufrimiento para el sujeto que lo experimenta o un tercero, véase en American Psychiatric Association. (2013). Guía de Consulta de Los Criterios Diagnósticos del Dsm-5(r): Spanish Edition of the Desk Reference to the Diagnostic Criteria from Dsm-5(r) (1.ª ed.). Arlington, Estados Unidos: American Psychiatric Publishing.

No obstante, estudios empíricos de cierto impacto, en Estados Unidos, como el de la Midwestern State University de Texas (EE.UU), valoran estas conductas como comportamientos sexuales con una prevalencia estadística significativa, es decir, con un porcentaje no despreciable de sujetos que presentan esos caracteres de conducta e inclinación por una estimulación a través de dosis de maltrato físico y humillación, véase en Stiles, B. L. y Clark, R. E. (2011). BDSM: A Subcultural Analysis of Sacrifices and Delights. *Deviant Behavior*, 32(2), 158-189. <https://doi.org/10.1080/01639621003748605>.

En la filmografía más reciente, cabe destacar el éxito entre el gran público, recientemente, de novelas como *Fifty Shades of Grey* (traducida como “Cincuenta Sombras de Grey”), de E.L. James, de 2011, en las que, la trama pivota entorno a una relación de dominación sexual con violencia explícita y consentida.

⁶²³ La clasificación y profundización entorno al bien jurídico de la integridad física y su protección penal excede el ámbito de esta tesis. No obstante, debemos puntualizar, a los efectos incidentales en nuestro discurso, que el tratamiento y clasificación de las lesiones que seguimos en la exposición (en concreto, la determinación del tipo básico en el art. 147.2 CP, considerándose el tipo del art. 147.1 CP como una modalidad cualificada) proviene de la interpretación taxonómica y conceptual sostenida por VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2022). Las lesiones. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M. A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2ª Ed., pp. 76-112). Editorial Comares; con algunos matices diferenciales, pero en esa línea, también QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2015). *Derecho Penal español. Parte especial*. Tirant lo Blanch, pp. 121 y ss. En otro sentido, la doctrina mayoritaria concibe el 147.1 CP como el tipo básico de lesiones, siendo los apartados 2 y 3 del precepto modalidades privilegiadas. En esta línea y por todos v. MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2016). *Comentarios al Código Penal: Tras las Leyes*

No obstante, la respuesta cambia cuando incluimos el matiz de la posible existencia de una relación de afectividad, que otorgue una protección cualificada del Derecho Penal a la integridad física y psíquica frente a los anteriores actos.

En tal caso, se abandona el ámbito de los delitos leves (sobre los que rige el requisito de procedibilidad indicado, lo que afecta a la punibilidad de tales conductas), en pos de su consideración como figuras menos graves de violencia ocasional de género (153.1 CP) o de violencia intrafamiliar (153.2 CP), según quién sea el sujeto activo y pasivo (hombre-mujer en el primer caso, activo y pasivo de violencia de género, respectivamente; frente a los casos de mujer-hombre, hombre-hombre y mujer-mujer, que respectivamente se engloban en la segunda categoría, la de violencia intrafamiliar).

En los casos en los que las prácticas sexuales comporten manifestaciones de “violencia leve pactada” como expresión de una forma peculiar de la interacción sexual voluntaria, resulta extremadamente complejo atisbar un marco de “seguridad” para hacer confluir el desarrollo de esa faceta de la expresión de la afectividad y placer sexual, como manifestación del desarrollo de la personalidad, con los estándares de intervención del Derecho Penal actual.

Precisamente al ser cuestiones que trascienden al interés público (son delitos públicos, los del art. 153.1 y 2 CP), el consentimiento de los titulares de los

Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo. Wolters Kluwer, p. 604; DEL ROSAL BLASCO, B. (2021). Las lesiones. En L. MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema de Derecho Penal Parte Especial* (4.ª ed.). Dykinson, p. 79; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2021). Lesiones I. En F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.) y A. VENTURA PÜSCHEL (Coord.), *Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I)* (3.ª ed.). Tirant lo Blanch, p. 378; MUÑOZ CONDE, F. (2022). *Derecho Penal Parte Especial* (24ª Ed.). Tirant lo Blanch, p. 108;

bienes jurídicos afectados (la integridad física de cada uno de los *partenaires* de la relación sádica) es irrelevante, en cuanto que la conducta constituye un delito perseguible de oficio. Habitualmente, todas estas cuestiones se mueven en un plano de privacidad (casi de clandestinidad, a la vista de la creciente injerencia del Derecho Penal) que determina una excepcional intervención de nuestro sistema coercitivo criminal, por cuanto no se llega a conocer en vía judicial habitualmente de los casos de violencia consentida por los integrantes de la interacción sexual. Por ende, *de facto* no constituye una cuestión problemática en el *praxis*.

Teóricamente, sin embargo, la respuesta entendemos que no es tan simple. El planteamiento de la relación entre sexo consentido y dosis de violencia en su práctica, nos conduce a una serie de consideraciones:

1º) Que, evidentemente, la ausencia de consentimiento de cualquiera de ellos sobre la acción sexual determina en todo caso la existencia de una agresión sexual, conforme al vigente art. 178 CP.

2º) Que, en caso de existir acuerdo sobre la acción sexual, si se produce algún comportamiento de cierta “violencia” (ej. cachetazos en la nalga sin previo aviso, utilizar un instrumento para azotar sin pacto anterior, etc.), habrá que valorar si tal elemento llevó a la parte que soportó la acción violenta a una revocación el consentimiento sexual, lo que nos aboca al plano de la agresión sexual; o si no se revocó, pero *ex post factum*, el integrante de la acción sexual aprecia que los medios empleados (violencia acordada) no corresponde con la efectivamente desarrollada, deseada o tolerable por la persona.

En todo caso, entendemos que no se puede hablar de una agresión sexual, si se mantuvo o no se revocó el consentimiento durante la acción sexual de intensidad violenta superior a la acordada o en la que, no habiéndose acordado expresa y previamente, se aceptó tal modalidad de relación, sin revocación del consentimiento. Cosa distinta es las consecuencias en relación con el delito del art. 153 CP.

3º) Por su parte, el seno de la actividad masoquista entre adultos, cabe aludir a varias posibilidades:

- a) La primera sería considerar parte de la acción sexual consentida válidamente todas las actuaciones señaladas (*e.g.* pellizcos, azotes, tirones de pelo o mordiscos superficiales, entre otros), en la medida que constituyen violencia de baja intensidad que no causan lesión del art. 147.1 ni 2 CP, que ni requieren asistencia facultativa, ni tratamiento médico o quirúrgico. Estaríamos en estos casos ante la contemplación de una exclusión de la tipicidad por insignificancia, para exclusión de su sanción penal, cuando potencialmente pudieran integrarse en los tipos del art. 153.1 o 153.2 CP.

Queda fuera de estos casos las relaciones sin afectividad análoga a la conyugal y puramente esporádicas, que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de los arts. 153.1 y 2 CP, y que se derivan al ámbito de los delitos leves de lesiones (arts. 147.2 y 3 CP), con el enunciado requisito de procedibilidad del art. 147.4 CP.

- b) Segunda, cuando se trate de lesiones de mayor intensidad, en el ámbito de la práctica sexual consentida sea o no masoquista (art. 147.1 CP) (*v.gr.*, hematomas o cortes en el marco de las ligaduras del *bondage* que produjeran algún episodio hemorrágico, etc.) y que requieren tratamiento médico o quirúrgico, también deberían quedar fuera del ámbito del Derecho Penal, a nuestro juicio y en línea de principio.

En relación con ambas clases de violencia, podría aducirse, por una parte, la existencia de criterios de “adecuación social”⁶²⁴, si consideramos, desde la perspectiva de WELZEL (1969, p. 55)⁶²⁵, que se excluyen del tipo de lo injusto «*las conductas que, aunque estén formalmente incluidas en él, se mantienen dentro del orden social histórico “normal” de la comunidad*». Ciertamente que, a este respecto, pudiera considerarse que las prácticas de sexo en las que concurre elementos de cierta acción violenta o fuerza desproporcionada en su realización no atienen al criterio de “normalidad”⁶²⁶ al que se alude por el referenciado.

⁶²⁴ Si la adecuación social se entiende desde la perspectiva de autores como JESCHECK, H. H. Y WEIGEND, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal: Parte general* (M. OLMEDO CARDENETE, Trad.; 5ª Ed.). Alianza Editorial, p. 227-228, como la adecuación al cuidado objetivamente debido, entendemos que no podrían quedar al margen de la tipicidad por adecuación social las lesiones derivadas de prácticas sexuales “peligrosas”. Desde otra perspectiva, ZIPF [en MAURACH, R., y ZIPF, H. (1994). *Derecho Penal Parte general: Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible* (J. BOFILL GENZSCH y E. AIMONE GIBSON, Trads.; 7ª Ed.). Astrea], distingue entre conductas conformes a Derecho (en las que incluye el comportamiento correcto en el tráfico) y la adecuación social, de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (conductas que no responden al cuidado objetivamente debido pueden ser, incluso, adecuadas según él, socialmente adecuadas, como ciertas prácticas deportivas)..

⁶²⁵ V. WELZEL, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht* (11.ª ed.). Walter de Gruyter.

⁶²⁶ V. lo referido en la n. 40.

Sin embargo, dos son las objeciones a esta cuestión, que nos permiten aseverar la posibilidad de aplicación de criterios de adecuación social para la exclusión de la tipicidad de esta clase de conductas: la primera, que la práctica de cierto grado de intensidad “violenta” en el marco de las relaciones sexuales consentidas no es ni mucho menos residual, sino que se acerca a datos de prevalencia que, sin llevarlo a la normalidad estadísticamente conceptuada, sí lo hacen suficientemente prevalente como para considerarlo una conducta extraña o totalmente minoritaria⁶²⁷; y en segundo lugar, porque desde la “normalidad clínica” existen estudios que llegan incluso a correlacionar una menor presencia de alteraciones mentales de trascendencia entre quienes desarrollan este tipo de prácticas⁶²⁸, frente a la población general, asociándolo a los supuestos

⁶²⁷ Sin existir estadísticas fiables, por la naturaleza de la intimidad de las acciones sexuales, hay indicios que sí apuntan a una relativa prevalencia, no tanto de conductas de masoquismo de alta intensidad, pero sí de la correlación entre un cierto grado de sumisión física (en diversos grados de lo que objetivamente constituyen ejercicios de fuerza, de maltrato de obra e incluso ciertas lesiones en el ámbito de la práctica sexual) y placer, como una dupla presente en un número elevado de interacciones sexuales, con lo que, aun clandestino o ignoto, no parece ser residual. Así lo extraemos de THOMPSON, W. (1994). *Sadomasochism: Painful Perversion Or Pleasurable Play?* Cassell; FITZPATRICK-HANLY, M. A. (Ed.). (1995). *Essential papers of Masochism*. New York University Press; PHILLIPS, A. (1998). *A Defense of Masochism*. St Martins Pr. En España, cabe destacar por su interés, la conclusión del estudio de QuantiKa14. (2021, 18 noviembre). Estudio sobre la pornografía online en España. QuantiKa14. Recuperado 4 de febrero de 2023, de <https://quantika14.com/2020/07/18/estudio-sobre-la-pornografia-online-en-espana-2020/>, a partir de peritajes informáticos y estudios de acceso a las portales pornográficos en España, que concluye “se aprecia como tendencia de mercado creciente la violencia a todos los niveles; desde la creación y difusión de vídeos cuyo contenido versa sobre – en teoría, supuestos- abusos y agresiones sexuales (situaciones en las que la mujer está inconsciente, ebria, o en una evidente situación de inferioridad respecto del hombre, como puede ser por una clara diferencia de edad) hasta contenido más explícitamente violento aún -si cabe- como aquellos en los que se aprecia que la mujer que aparece en los vídeos está siendo víctima de humillaciones, insultos e incluso golpes”. En el estudio de RTVE llamado Generation. What?-Categoría X [Statista. (2022, 12 octubre). Españoles que han probado el sadomasoquismo por género 2020. Statista. <https://es.statista.com/estadisticas/543275/espanoles-que-han-probado-el-sadomasoquismo-por-genero/>], se puede extraer que de una muestra de 9424 encuestados, hombres y mujeres mayores de 16 años, reconocían tener interés por la práctica o experiencia del sadomasoquismo el 28% de los hombres encuestados y el 22% de las mujeres participantes. Aun cuando científicamente existen factores limitativos para una extrapolación general, sirva la referencia como un indicio razonable de que tales prácticas están lejos de ser puramente residuales.

⁶²⁸ V. WISMEIJER, A. A. y VAN ASSEN, M. A. (2013). Psychological Characteristics of BDSM Practitioners. *The Journal of Sexual Medicine*, 10(8), 1943-1952. <https://doi.org/10.1111/jsm.12192>

beneficios para los individuos en aspectos como su autopercepción e incluso, su autoestima (paradójicamente, aun cuando sean roles pasivos o de dominación el objeto de sus preferencias).

Fundamentalmente, si la adecuación social se fundamenta en criterios de moral colectiva y valoración social favorable de una conducta para excluirla, en el caso particular en que se produce el hecho, de la interpretación general ofrecida por el contenido de los tipos penales, debemos preguntarnos si esta clase de conductas sexuales pueden ampararse en esa valoración general positiva. La respuesta no es segura, puesto que, como advierten CEREZO MIR (2004, p. 98) o RODRÍGUEZ MOURULLO (1978, p. 263 y ss.), el criterio es manifiestamente impreciso y puede ser lesivo para la seguridad jurídica.

En su caso, al margen de la exclusión de la tipificada de las conductas, un planteamiento alternativo, que puede resultar quizá más compartible en las lesiones que revisten mayor intensidad que las que podrían considerarse insignificantes o, en otro caso, atípicas por criterios de adecuación social, radica en valoración de una colisión entre deber de tutela del Estado respecto de la integridad física de los ciudadanos, como una máxima esencial en razón de la dignidad de la persona y el concepto del monopolio del uso de la fuerza, que en un sistema democrático debe recaer en el Estado a través de los cauces legales; frente a la coexistencia de otros intereses dignos de tutela jurídica, como son la intimidad (art. 18 CE), el libre desarrollo de la personalidad (arts. 10 y 15 CP), e incluso la libertad de acción (art. 17 CP). Ello nos puede ayudar a reconducir la

solución de la cuestión a través de la causa de justificación de obrar en el ejercicio de los precedentes derechos, que permitiría exceptuar la antijuridicidad de las conductas desarrolladas en tales ámbitos de intimidad sexual de la reprensión penal, precisamente por tratarse de ámbitos de expresión de ciertas inclinaciones sexuales o preferencias que entroncan en un ámbito de intimidad absolutamente restringido a la intervención tuitiva del Estado.

En todo caso, en la doctrina, han existido voces en contra de la tipificación de las lesiones en el marco de las relaciones sadomasoquistas. A tal efecto, sirvan las referencias a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (1982, p. 74, nota 60)⁶²⁹, o MIR PUIG (1996, p. 517)⁶³⁰, quien sugirió la procedencia de su inclusión expresa en el ámbito del art. 156 CP de lege ferenda, evolucionando después a entender que, en estas lesiones, el sujeto que las infringe pudiera ser considerado un mero inductor o cooperador necesario a la autolesión, impune en tal caso, en una creativa interpretación para salvar estos supuestos⁶³¹.

- c) Existen prácticas particularmente peligrosas, como las derivadas de la *asfixiofilia*, la *hipoxifilia* o *estrangulación autoerótica*, en las que el sujeto (hombre o mujer) precisa para llegar al clímax, o para acentuar el placer, llevar a cabo movimientos de asfixia mecánica (generalmente, con

⁶²⁹ V. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1982). *El delito de lesiones*. Universidad de Salamanca.

⁶³⁰ V. MIR PUIG, S. (1996). *Derecho Penal Parte General* (4.^a ed.). Reppertor.

⁶³¹ Sin embargo, no nos resulta convincente tal planteamiento, puesto que implica asumir que el sujeto que recibe las lesiones tiene el dominio del hecho, y por tanto, pasaría por ser autor de aquellas, cuando realmente no se está autolesionando –ni mediata ni inmediatamente–, ni existen criterios para considerar que aquel que le lesiona es un mero instrumento, en manos del lesionado.

ligaduras o bolsas de plástico), para acompasar el zénit de la relación sexual a tales episodios de hipoxia. Su existencia como práctica sexual fue descrita en la psiquiatría desde hace más de un siglo⁶³², si bien se ha estudiado recientemente la prevalencia de esta práctica sexual en el marco no solo de los adultos, sino de la adolescencia, por ser creciente los casos fatales⁶³³.

En tales casos, si el sujeto actúa sobre sí mismo causándose a la asfixia, la conducta es impune para el integrante de la relación sexual incluso, no pudiéndosele imputar el resultado de muerte (sí la omisión del deber de socorro, si no trata de ayudar a la persona que, imprudentemente, se haya colocado en situación de riesgo vital).

Ahora bien, si el sujeto interviniente lleva a cabo, con consentimiento del estrangulado, las maniobras de asfixia, y se causa la muerte o unas lesiones graves, entendemos que la responsabilidad exigible por el resultado imprudente (homicidio/lesiones imprudentes) no podría verse justificado por obrar en el ejercicio de un derecho. En su caso, las lesiones sí podrían verse atenuadas (art. 155 CP), mas el resultado de muerte no admitiría atenuación que no fuera la aplicación de una atenuante analógica del art. 21.7 en relación con el art. 20.7 CP, por cuanto el consentimiento de la “víctima” y su auto-puesta en riesgo dimana de una práctica compartida de carácter sexual, riesgosa y potencialmente lesiva, pero para cuya valoración penal no puede prescindirse del hecho de

⁶³² V. VON KRAFFT-EBING, R. (1907). *Psychopathia sexualis*. Verlag von Ferdinand Enke.

⁶³³ V. COWELL, D. D. (2009). *Asfixia autoerótica: ¿placer secreto?, ¿resultado letal?* Pediatrics (Ed. Español), 5(68), 238-242. <https://www.elsevier.es/es-revista-pediatrics-10-pdf-X0210572109460719>

tratarse de una manifestación de una acción sexual consentida y deseada, en la que el resultado excesivo no demerita la existencia de un derecho del sujeto a la experimentación sexual interactiva en este ámbito. Tal valoración abstractamente se extiende al sujeto con el que lleva a cabo la práctica, ya que el desarrollo de esa faceta de la intimidad personal se plasma en una actividad compartida, en ejercicio recíproco y simultáneo de sus respectivos derechos⁶³⁴.

d) En suma, nuestra concepción del Derecho Penal, vinculada fuertemente a los principios de lesividad e intervención mínima⁶³⁵ en materia del desarrollo de la libertad sexual, nos conduce a concluir, a la luz de lo anterior, las siguientes ideas:

i. Las prácticas que comporten mínimo grado de violencia (la de menor intensidad, con los resultados típicos del art. 147.2 y 3 CP, e incluso, con algún resultado del art. 147.1 CP estrictamente derivado de la acción sexual consentida, deben ser valoradas, desde el plano de la adecuación social, como conductas que implican una libre expresión de la sexualidad humana, en una faceta relacional que, aunque no es mayoritaria, si es

⁶³⁴ A nuestros efectos, entendemos que se puede sostener esta argumentación desde la postura mantenida por ANTÓN ONECA, J. (1986). *Derecho Penal* (2ª Ed.). Akal, p. 288, cuando concede valor justificante al consentimiento en algunos supuestos, integrado en la figura de obrar en el ejercicio de un derecho, sobre el que se tolera una injerencia. También en esta línea, COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M. (2004). *Instituciones de Derecho Penal español: Parte general* (2ª Ed.). Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, p. 156. Sin ser partidaria de esta postura, explica sus fundamentos con detalle y en contraste con otras posiciones, ESCUDERO GARCIA-CALDERÓN, B. (2014). *El consentimiento en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, p. 120-121, quien destaca la posición contraria de MIR PUIG, S. (2008). *Derecho Penal Parte General* (8.ª ed.). Reppertor, p. 513.

⁶³⁵ Inspirados decididamente por los planteamientos de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L (1981). *El Derecho Penal ante el sexo*. Bosch, *passim*.

expresión de la “normalidad”, si es libre y voluntariamente compartida, no puede ser objeto de intrusión y control por el Derecho Penal.

El objeto de proteger la integridad física radica precisamente, en un último extremo, en la tutela de la dignidad humana y de su libre desarrollo de la personalidad. La norma debe permitir que, en ese ámbito de exploración, el ser humano tenga una capacidad amplia para poder modular y moldear su cuerpo, así como sus interacciones, desde la más amplia libertad.

ii. Las prácticas que comporten un nivel de mayor intensidad lesiva en sus resultados (especialmente, las del art. 147.1 CP), derivadas de una acción sexual masoquista, o no masoquista, pero en la que haya existido alguna manifestación de acción violenta consentida por ambas partes, pueden abordarse, en defecto de la consideración efectuada en el punto anterior (que podría ser aplicable también a algunos casos), desde la existencia de una potencial causa de exclusión de la antijuridicidad de la conducta (obrar en el ejercicio de un derecho, art. 20.7 CP), en la medida que, en la protección general de la integridad física como bien jurídico, debe darse cabida y poderse conjugar otros derechos de especial relevancia para el desarrollo de la personalidad humana, como es la protección de la intimidad, del derecho a la libre acción en el ámbito sexual y a la expresión de las diversas formas de interrelación sexual.

iii. No son susceptibles de justificación los resultados lesivos de muerte o lesiones graves por asfixia erótica. Puede ser valorada, atendiendo a las circunstancias del caso, la posible aplicación de una circunstancia

atenuante por analogía (art. 21.7 CP), respecto de la exigente de obrar en el ejercicio de un derecho (art. 20.7 CP), en tanto el resultado excesivo no demerita la existencia de un derecho del sujeto a la experimentación sexual interactiva en este ámbito, lo que también se extiende al sujeto con el que lleva a cabo la práctica, ya que el desarrollo de esa faceta de la intimidad personal se plasma en una actividad compartida, en ejercicio recíproco y simultáneo de sus respectivos derechos.

iv. Una cuestión diversa en su naturaleza a lo anteriormente abordado en el marco del BDSM son aquellos casos en los que la violencia no ocupa un papel “estimulante” o “erotizante”, ni aparece como un elemento accidental consentido bilateralmente⁶³⁶, sino que se desarrolla en el marco de una expresión disfuncional de la relación (tóxica) en el contexto de riñas mutuas (dentro del espectro de la violencia de género y/o doméstica) que evoluciona, durante tales actos agresivos, a relaciones sexuales consentidas, en el marco de lo que WALKER (1969, *passim*).⁶³⁷ denomina el “ciclo de la violencia” en el ámbito del maltrato. Para la autora, tales casos de violencia física –por supuesto, inconsciente– son preludio, en una estructura periódica o cíclica de comportamiento, a una fase ulterior “reconciliatoria”, donde se mantienen relaciones sexuales “consentidas”, con todos los matices que corresponden a esta afirmación, por la situación de vulnerabilidad de la víctima que presta su adhesión a la reconciliación a través del encuentro sexual.

⁶³⁶ Las diferencias entre el sadomasoquismo y las conductas sexualmente violentas en el contexto del maltrato han sido exploradas en el plano de la psiquiatría por JOZIFKOVA, E. (2013). Consensual Sadomasochistic Sex (BDSM): The Roots, the Risks, and the Distinctions Between BDSM and Violence. *Current Psychiatry Reports*, 15(9). <https://doi.org/10.1007/s11920-013-0392->.

⁶³⁷ V. WALKER, L. E. (2017). *The Battered Woman Syndrome* (4ª Ed.). Springer Publishing.

La casuística y la imaginación pueden ofrecer escenarios muy variados: supuestos donde existe una previa riña entre los miembros de la pareja, con bofetadas o maltrato de obra recíprocos, que concluyen en una relación sexual bajo el prisma de una presunta “reconciliación”. En este caso, existe una relación de violencia de género y/o intrafamiliar, que no puede ser socialmente adecuada en forma alguna y que no está amparada en justificación posible, y que, de hecho, nada tiene que ver con el sadomasoquismo como práctica sexual⁶³⁸.

- v. Respecto de los mayores de 16 años y menores de 18 años, a los efectos de la disponibilidad de su integridad física (no así del ejercicio activo de la sexualidad), debemos predicar semejantes postulados a los menores de dicha edad, si bien, sugiriendo en este caso graduar la intervención penal en función, no solo de la proximidad de edad y desarrollo, sino también, de la proximidad a la mayor edad, así como a la ponderación de las concretas circunstancias del caso, naturaleza de la práctica y de los bienes jurídicos en conflicto.

1.2.2. Especial referencia a los menores de la edad de consentimiento sexual (menores de 16 años) en esta materia.

⁶³⁸ Ello, pese a que, en ocasiones, la “violencia consentida” y los role play pueden dar lugar a escenificaciones cercanas a actos reales de violencia, que un observador externo e imparcial podría no distinguir. Esto es especialmente frecuente en algunas prácticas parafilicas, como la cremastitofilia o biastofilia, una forma parafilica consistente en la excitación de ser víctima de un asalto, una violación o una forma de violencia sexual (tratados como trastornos psicosexuales inespecíficos, F.65-9 de la clasificación CIE-10 de la OMS). Sobre esta cuestión, profundiza sobre la trascendencia de la práctica de escenificaciones sexuales como forma de desarrollos de la personalidad sexual, BROWN, A. M. L. (2015). *Sexuality in Role-Playing Games*. Routledge.

Finalmente, atendiendo a una especial referencia a los menores de 16 años que se inician en el ámbito de la sexualidad interactiva, conviene plantearse si son extrapolables a los mismos las conclusiones a las que hemos llegado en relación con los adultos, en el binomio “sexo-violencia” y el sadomasoquismo como objeto del consentimiento sexual.

En este punto debemos abordar la duda de los casos en los que, aun cuando se consiente entre menores con proximidad etaria y madurativa – parámetros que marcan la potencial validez– se pueda considerar adecuado dicho consentimiento como “libre”, cuando el objeto del mismo hayan sido conductas que objetivamente sean lesivas para la integridad física y/o moral, y en último extremo, incluso para la indemnidad sexual (la de uno de ellos; o la de ambos, si no superan los 16 años ninguno).

La respuesta que se ofrezca a esta cuestión es determinante, puesto que ya no solo puede hacer reprochable al/los menor/es la conducta “agresiva” que causa lesiones consentidas en esa relación sadomasoquista, sino además, pudiera afectar a la validez del consentimiento dado, si se considerase que tales relaciones son potencialmente lesivas para la indemnidad sexual, y que, por ende, respecto de aquellas prácticas no cabe consentimiento de los menores, llevándonos al ámbito de la agresión sexual.

No parece adecuado mantener en caso de los menores los mismos parámetros valorativos que los que se han expuesto respecto de los mayores de la edad de consentimiento, sin ninguna precisión complementaria puesto que el punto de partida es esencialmente diverso. Estamos ante sujetos en una etapa de

formación de la personalidad sexual, y no ante personas que tengan definidos de forma estable o tendencialmente permanente sus patrones de comportamiento sexual. Si la indemnidad sexual tiene especial significación en el caso de menores de edad es precisamente por la ductilidad de la personalidad sexual en desarrollo.

En efecto, el Derecho Penal debe permitir a los menores experimentar en libertad, entre próximos en edad y grado de desarrollo y madurez, las diversas prácticas sexuales a efectos de que se conforme por éstos –con la mayor autonomía posible– sus propios patrones conductuales sexuales. Ahora bien, atendiendo a los menores de 16 años, ¿significa que el Derecho Penal debe tratar de la misma forma al adulto que presenta unas lesiones derivadas de un encuentro sexual, frente a las que sufra en ese contexto un menor de 16 años?

Entendemos que la inexperiencia sexual y presumible falta de inmadurez de uno o ambos intervinientes (en el marco de la cláusula) exige una posición interpretativa más restrictiva en lo que se refiere a la exclusión de la tipicidad o, en su caso, a la justificación de la violencia infringida en el curso de una relación sexual consentida, y por tanto, de mayor intervención que respecto de los mayores de edad.

Fundamentalmente, porque el Código Penal nos invita a tal postura, cuando niega eficacia al consentimiento de los menores de edad a los efectos de la causa de atenuación que establece el art. 155 párrafo 2º CP.

Mientras el consentimiento del adulto (en este caso, del mayor de edad) presenta una relevancia a la hora de efectuar una graduación de lo injusto de las lesiones inferidas al sujeto pasivo, en los casos que media su anuencia; en el supuesto de los menores de edad, tal voluntad es irrelevante de una manera plena. Es indiferente que consientan o no la acción lesiva, en atención a superior protección concedida por el ordenamiento a la integridad física de éstos, sustrayéndola de capacidad de decisión alguna por parte de los menores afectados.

No obstante, totalizar una respuesta que, llevada a su extremo máximo, prohibiese cualquier clase de ligero maltrato de obra (un mero cachete consentido) en la interacción sexual con el menor, tampoco nos resulta convincente, puesto que prácticamente se obligaría a que las acciones sexuales de estos fueran plenamente inocuas para su integridad física de un modo absoluto, lo que pudiera ser incompatible incluso con el propio hecho físico de la primera acción sexual completa.

Frente a la pregunta que hemos enunciado anteriormente y a la que hemos llegado a una respuesta negativa, cabe reformular otra cuestión: ¿el consentimiento del menor de 16 años es entonces absolutamente irrelevante?

La respuesta que encontramos adecuada es reconocer la relevancia exclusivamente respecto de las acciones violentas de muy escasa entidad (maltrato de obra aparente), exclusivamente en el marco de la acción sexual consentida, en la que se reúnan los requisitos del art. 183 bis CP, a los efectos de la edad y grado de desarrollo o madurez previstos para dar validez al

consentimiento prestado, y a los efectos de considerar que, en estos casos, existe una insignificancia que debe restringir al Derecho Penal su intervención.

Incluso, respecto de tan nimias acciones, podría sostenerse alternativamente, como hace DÍEZ RIPOLLÉS (1997a, pp. 548-549)⁶³⁹, una eficacia de exclusión de la tipicidad derivada del consentimiento –al que se dote de validez ex art. 183 bis CP en el ámbito de la relación sexual consentida–, puesto que el *“desvalor de acción y de resultado presentes no poseen la suficiente entidad para dar lugar a lo injusto específico propio del Derecho Penal”*.

Si por el contrario, se optara por la postura contraria, que se prestare a la incriminación de la más mínima injerencia física o resultado del dolor, de mínima equimosis, prurito o enrojecimientos cutáneos escasa relevancia, o de cualquier contacto físico con un mínimo de intensidad, podría exacerbarse el ámbito penal en patente contradicción con el libre desarrollo de la personalidad sexual de los participantes en la acción⁶⁴⁰, imposibilitándose un ejercicio abierto de dicha esfera. Por exclusión y para los menores de 16 años, no podrá invocarse la causa de justificación en las acciones lesivas del art. 147.1 y 2 CP o de mayor gravedad (149-150 CP); así como, en todo caso, las acciones de asfixia erótica que generen un resultado lesivo.

⁶³⁹ V. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1997a). Comentario a los arts. 155-156 CP. En J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y L. GRACIA MARTÍN (Coords.), *Comentarios al Código Penal*. Tirant lo Blanch.

⁶⁴⁰ De hecho, en la primera o primeras relaciones sexuales penetrativas en el caso de la mujer, es frecuente que se produzca la “ruptura del himen”, como un efecto directo de la acción, como membrana genital femenina, lo que en sí mismo es un resultado material externo de la acción penetrativa en que se desgarran un tejido, y en el plano médico-forense, una lesión en sentido estricto, como constata en su canónica obra GISBERT CALABUIG, J. A. y VILLANUEVA CAÑADAS, E. (2019). *Medicina Legal y Toxicológica* (7.ª ed.). Elsevier, p. 653.

Lo anterior no empece para sostener, también y sin contradicción, que la aplicación de la cláusula a los efectos de la valoración de la validez del consentimiento otorgado entre los próximos etaria y madurativamente no debe conllevar, como regla de principio, la consideración de la “clase” de acto sexual desarrollado y su adecuación a los estándares generales, de forma que las relaciones no “convencionales” impidieran la aplicación de la cláusula, concurriendo los demás requisitos⁶⁴¹.

Siempre que el consentimiento sea prestado con las condiciones que se prevén en el art. 183 bis CP (entre próximos en edad y grado de desarrollo o madurez físico y psíquico), no empece su validez la clase de actos sexuales que se desarrollen, por cuanto la tutela del libre desarrollo de la personalidad sexual, –esto es, la indemnidad sexual– no admite adjetivos complementarios como “normal”, “mayoritaria”, o incluso, “saludable” en términos abstractos⁶⁴². Tales elementos valorativos no pueden apreciarse a la hora de estudiar la validez del consentimiento del menor para el efecto eximente de la responsabilidad penal del otro partícipe previsto en la norma de referencia.

Aun cuando la práctica sexual, en su contenido, pudiera resultar minoritaria en su seguimiento, no por ello ese consentimiento perdería su validez, en tanto que el Código Penal no prevé expresamente, en lo atinente a la cláusula del art. 183 bis CP, una especial limitación en este sentido, que podría

⁶⁴¹ En opinión contraria a la nuestra, a favor de no reconocer validez al consentimiento de los menores para prácticas sexuales con componentes de violencia consensuada, v. GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2015). La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código Penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013. En F. MUÑOZ CONDE (Dir.), J. DEL CARPIO DELGADO y A. GALÁN MUÑOZ (Coords.), *Análisis de las reformas penales: Presente y futuro* (pp. 141-190). Tirant lo Blanch.

⁶⁴² Sobre la adjetivación de la “normalidad” en el ámbito de la sexualidad, nos remitimos a las palabras de DÍEZ RIPOLLÉS (cfr. n. 40).

resultar atentatoria contra el principio de legalidad penal, puesto que se limita a exigir una actuación voluntaria y no entra en la consideración moral de las conductas que se desarrollan, ni tampoco en atención a otros conceptos ajenos a la propia voluntariedad de la acción sexual.

1.3 Elementos formales: la manifestación el consentimiento sexual.

Para que se pueda concebir un verdadero consentimiento sexual, entendemos que, de manera expresa o tácita, se ha de convenir la interacción sexual que se va a desarrollar. Actualmente, nos encontramos en un momento en que se invoca la “centralidad” del consentimiento como elemento presuntamente diferenciador de la actual legislación penal española, frente a la previa a la reforma operada por la LOGILS.

Sin embargo, como apunta GARCÍA ARÁN (2023)⁶⁴³ “cuando se repite que la llamada *ley del solo sí es sí* cambia las cosas porque pone la falta de consentimiento en el centro de los atentados contra la libertad sexual, no puede estarse diciendo que antes no fuera esa la cuestión central”. Cosa distinta es, como advierte la autora, el diverso tratamiento que se da desde el Derecho Penal a la ausencia de consentimiento y a la negativa a consentir en la actual legislación.

El consentimiento puede ser expreso, porque se dialogue específicamente sobre la práctica sexual que se pretende ejecutar y exista una conformidad (algo muy cartesiano, si se nos permite el apunte, pero que no entendemos que sea

⁶⁴³ V. GARCÍA ARÁN, M. (2023, 1 febrero). *Consentimiento y libertad sexual*. El País.

extraordinariamente frecuente). Es lo que PATEMAN (1995, p. 21 y ss.)⁶⁴⁴ concibe como la “negociación” en el marco de la interacción sexual, y que GRUBER (2016, p. 424 y ss.)⁶⁴⁵ define en términos de una “transacción sexual consentida”.

Frente a la criterio del consentimiento expreso, nuestro ordenamiento siempre ha admitido –incluso tras la LOGILS⁶⁴⁶–, la posibilidad de exteriorizar la conformidad sexual a través de los actos concluyentes de los intervinientes en la interacción, siempre que éstos sean “claros”⁶⁴⁷.

La manifestación tácita, donde los actos propios van orientando la acción de los integrantes, y donde las prácticas sexuales se van amoldando a un

⁶⁴⁴ *Op. cit.* n. 21.

⁶⁴⁵ Sin que el concepto “transacción” tenga un sentido patrimonial, sino centrado en lo consensual. En GRUBER, A. (2016). *Consent confusion*. *Cardozo Law Review*, 415. <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/11>, la autora describe tres elementos –steps–: “Paso 1): el asentimiento interno de una persona “A” (internally agrees to have sex); “Paso 2): una manifestación o exhibición externa (displays external manifestations of that agreement); “Paso 3): basado en la manifestación externa de la otra persona “A”, “B” cree internamente de que “A” consiente tener sexo (based on A’s external manifestations and the context, B believes A internally agrees to have sex”. La autora identifica a “A” con la mujer y “B” con el hombre (cfr. n. 17 de su texto). Se referencia en su obra a LACEY, N. (1997). *Unspeakable subjects, impossible rights: Sexuality, integrity and criminal law. Women: A Cultural Review*, 8(2), 143-157. <https://doi.org/10.1080/09574049708578305>, quien a su vez niega la existencia de un contrato con la necesaria simetría o *par conditio*, por la diferencia –para ella, esencial– entre las posiciones iniciales de “negociación” del hombre y la mujer, en el marco de las relaciones desde la perspectiva de género. Así, concibe una posición de poder intrínseco del hombre, como el sujeto dominante de la relación consensual afectiva, romántica en el ámbito heterosexual, por definición.

⁶⁴⁶ Lo expuesto sea dicho a pesar de la idea original con la que se concibió la LOGILS. Como tendremos ocasión de explorar en el momento oportuno, a partir del estudio del Anteproyecto de la Ley Orgánica, en su redacción inicial, negando la posibilidad de operatividad del consentimiento tácito, como se advirtió por la Comisión Penal de la Asociación de Juezas y Jueces para la Democracia, “podría dar lugar a que pudieran considerarse delictivos supuestos en los que mediará consentimiento tácito –pero cierto– o expresado a través de actos equívocos –existiendo consentimiento”, apud PERAMATO MARTÍN, T. (2022). *El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas. Anales Cátedra Francisco Suárez-Protocolo II*, 191-224. <https://doi.org/10.30827/acfs.vi1.25187>, p. 220.

⁶⁴⁷ En términos del vigente CP, y que resulta a nuestro juicio una singular *contradictio in terminis*, precisamente, por introducir en el tipo un concepto que pudiera concebirse, además de extrajurídico, como superfluo e indeterminable, que solo interviene para oscurecer o complejizar más la controvertida cuestión de la expresión del consentimiento sexual.

continuo y no verbalizado “pacto sexual”⁶⁴⁸, entendemos que responde de una manera mucho más fidedigna a la realidad de las prácticas sexuales del común de los ciudadanos, y no a la “negociación sexual” expresa, que resulta a nuestro juicio tan artificial como inasequible a la práctica habitual.

Es notorio que el ámbito en que se produce, como norma general, las fases internas de formación de la voluntad para la interacción sexual, así como la expresión de tal resolución, no acostumbran a ser un ejercicio de expresión oral ni se establece por lo general un diálogo previo a la relación sexual para fijar sus condiciones y elementos. Es más frecuente que, en ese ámbito, predomine un código tácito, en el que se desarrollen los actos a partir de parámetros comunicativos que se estudian por la semiótica, en las esferas de la kinésica, prosémica y paralingüística⁶⁴⁹.

A efectos puramente incidentales del *excursus* que nos ocupa, se entiende la kinésica como la faceta del lenguaje no verbal que se expresa a través de *“movimientos faciales, movimientos corporales, mirada, mímica y, en un sentido amplio, el conjunto de manifestaciones gestuales conscientes e inconscientes que tienen o a los que se les puede dotar de un sentido comunicativo”*⁶⁵⁰. Por su parte, se llama prosémica a la faceta comunicativa que se basa en *“la distancia entre interlocutores, a la que se le dota de una significación comunicativa”*. En tercer lugar, la paralingüística se

⁶⁴⁸ V. MALÓN MARCO, A. (2021), *op. cit.* n. 19, pp. 91 y ss., en relación a las convenciones sociales y la comunicación sexual.

⁶⁴⁹ Sobre esta cuestión, y llevando la materia a valoraciones empíricas, cabe destacar el estudio de KOWALSKI, R.M. (1992). Nonverbal Behaviors and Perceptions of Sexual Intentions: Effects of Sexual Connotativeness, Verbal response, and Rape Outcome. *Basic and Applied Social Psychology*, 13(4), 427-445. https://doi.org/10.1207/s15324834bas1304_4

⁶⁵⁰ V. CORRALES NAVARRO, E. (2013). El lenguaje no verbal: un proceso cognitivo superior indispensable para el ser humano. *Comunicación- Instituto Tecnológico de Costa Rica*, 20(1). <https://181.193.125.13/index.php/comunicacion/article/download/823/737>

puede concebir como “los aspectos de la comunicación verbal relativos al tono, entonación, pausas verbales, ritmo, cadencia y volumen de voz, que son tan relevantes para dotar de sentido y significación al mensaje verbalizado”.

Por otra parte, desde el plano puramente formal, y en la medida que se exigiera el consentimiento expreso, resulta razonable plantearse qué forma ha de tomar esa manifestación de voluntad. Asumiendo los problemas que plantea la verbalización, por las razones anteriormente expuestas, y advirtiéndose además relevantes problemas en el plano probatorio (puesto en particular relación con la perspectiva de género como criterio interpretativo del *onus probandi* en el ámbito de estos delitos y de la presunción de “no consentimiento”), cabe plantearse al menos como hipótesis, si una posible plasmación en un soporte estable (documental) se adecuaría a las exigencias de seguridad para los intervinientes en la relación sexual o resolvería definitivamente las controversias creadas entorno a la cuestión del consentimiento sexual. La respuesta no parece ser favorable a tal idea, precisamente por la peculiar naturaleza de la acción sexual. No se trata de un consenso sobre un elemento patrimonial, susceptible de determinación por equivalente pecuniario en caso de insatisfacción o de ejecución forzosa.

Estamos en un ámbito íntimo, donde los “contratos sexuales escritos”⁶⁵¹ o las aplicaciones o herramientas digitales⁶⁵² creadas a estos efectos, tampoco

⁶⁵¹ V. MALÓN MARCO, *op. cit.* n. 19, pp. 87 y ss., en los que explora el modelo de ciertas universidades de Estados Unidos, que imponen un modelo de consentimiento sexual expreso para las interacciones entre miembros de la comunidad académica, siendo paradigmático el Código del Antioch College de Ohio.

⁶⁵² Existen aplicaciones como la aplicación móvil danesa “IConsent” pretende crear un sistema de luz verde (afirmativo), luz roja (negativo), que los integrantes de la acción sexual vayan seleccionando durante el desarrollo de la misma, para plasmar sus respectivos consentimientos a las prácticas que se vayan pautando. V. VILA, N. (2021, 25 enero). *IConsent, la app para decir sí en Dinamarca*. La Vanguardia. Recuperado 7 de

ofrecen una solución adecuada al problema de la prueba del consentimiento. Una firma en un documento privado, o que se complete un formulario en un teléfono móvil, unos minutos antes de una interacción sexual (o incluso durante, si es que eso es posible) ¿asegura la libertad en la realización del acto, o debe presumirse un indicio que surta un efecto probatorio suficiente para contrarrestar la presunción *iuris tantum* de ausencia de consentimiento, en un contexto y ámbito tan concreto como el sexual? La respuesta es claramente negativa. De hecho, es un factor que puede contribuir tanto a una trivialización del concepto del consentimiento, como a la mercantilización de una cuestión mucho más profunda.

En sentido contrario, podría ser determinante (si es que se le concedieran algún grado de rigor o seriedad a tales medios de prueba) en detrimento de los derechos de las personas afectadas por una acción sexual in consentida, en cuanto que una potencial digitalización de esa supuesta voluntad se podría tornar en una suerte de constatación del consentimiento, como sucede, *mutatis mutandi*, con la presunción de validez de las manifestaciones de voluntad contractuales otorgadas por medios mecánicos o contratos a través de sistemas de comunicación, respecto de las cuales, una vez alegadas por una de las partes, corre por cuenta de la contraria impugnar su autenticidad (con la correspondiente prueba respecto de tal alegación).

febrero de 2023, de <https://www.lavanguardia.com/internacional/20210125/6195380/dinamarca-app-consentimiento-sexo-legislacion-violacion.html>. Existen en la actualidad una variedad de aplicaciones, como “UConsent” (<https://apkcombo.com/es/uconsent/com.scanandconsent/>) o “YesmeanYes” (en <https://apps.apple.com/us/app/yes-means-yes/id1053582884>), con el mismo formato.

Debemos hacer una particular mención a la publicación, escasas semanas a la conclusión de este estudio doctoral, a la Circular 1/2023, de Fiscalía General del Estado, que establece una exigencia de consentimiento expreso (según la interpretación del órgano del sentido del art. 178.1 CP) en el marco de las relaciones sexuales, a partir de la entrada en vigor de la nueva regulación dada por la LOGILS al Título VIII del Libro II, en atención a unos parámetros valorativos, que sugiere a la hora de estimar la concurrencia o no de dicho elemento, particularmente cuestionables. De ello nos vamos a ocupar en el siguiente epígrafe, entre otros aspectos.

2. Reflexiones conclusivas entorno a los elementos proyectivos de un “contrato sexual” en el contexto de la actual regulación penal española y de las últimas interpretaciones de la misma.

La actual tendencia de ciertas corrientes de opinión, que han tenido notable influencia (incluso éxito, en términos de seguimiento, que no de acierto) en los impulsos legislativos hacia la objetivación del consentimiento sexual, se define por una interpretación de la sexualidad interactiva cada vez más próxima a posiciones propias de la teoría contractual.

Frente a ello, como hemos evidenciado, las peculiaridades y paradojas de la relación comunicativa en el ámbito sexual de la intimidad de pareja permiten unos códigos, licencias verbales e incluso escenificaciones imaginativas que, siempre que sean libremente aceptadas entre los integrantes y los roles estén definidos entre la pareja o interactuantes, no deberían suscitar atención ni intervención alguna del Derecho Penal con un carácter modulador de lo que

“deben ser” las relaciones sexuales. Mucho menos es admisible que esta rama del ordenamiento asumiera un contenido del consentimiento sexual próximo a los postulados de los negocios jurídico formales.

Tal opción, de imponerse, llevaría a una desnaturalización de las relaciones interactivas en el plano sexual, con la grave consecuencia de que, mientras que a la inobservancia de las conductas moralmente aceptadas (mayoritariamente) se les suele aparejar el reproche social o el rechazo, la conducción de tales planteamientos a la esfera penal trae consigo una respuesta punitiva de fuerte carga aflictiva para el individuo que la sufre.

Coincidimos plenamente con MALÓN MARCO (2021, p. 228)⁶⁵³ cuando señala que *“la doctrina del consentimiento afirmativo es un nuevo esfuerzo de la imaginación para responder en este caso a las carencias, peligros y contradicciones de una profunda y reciente transformación en nuestros valores y costumbres sexuales”*. En esta línea, el autor plantea que, precisamente, el cambio de parámetros relacionales ligados a las interacciones sexuales en la sociedad actual, unidos a una concepción del sexo en la *“cultura «hook up» de la promiscuidad y sexo casual , desvinculado , sin compromisos”*⁶⁵⁴, ha determinado precisamente una frecuente ausencia, en muchas interacciones sexuales, de unos previos vínculos entre los partícipes, ya no solo emocionales, sino siquiera comunicativos y de mutuo conocimiento.

⁶⁵³ Op. cit. n. 463

⁶⁵⁴ Ibidem, p. 238.

No es viable crear un “espacio de intimidad” verdaderamente compartida sobre la base de un contacto fugaz e intempestivo. No significa ello que las relaciones sexuales puramente ocasionales sean negativas, ni estén prohibidas, ni que en las relaciones duraderas la voluntad de los partícipes sea menos trascendente. Solo apuntamos que la necesidad de positivizar todos los elementos de la interacción posee más sentido cuanto mayor es el grado de mutuo desconocimiento o desconfianza. Respecto a la idea precedente, MALÓN MARCO [siguiendo a BOUTELIER (2004)⁶⁵⁵] explica la dicotomía intelectual que, en esta materia, se plantea entre la seguridad y la libertad, ilustrándose la cuestión a través de la “metáfora del *puenting*”, que a los efectos argumentales parece muy clarificadora.

Así, se advierte por el citado autor, que uno de los rasgos característicos del actual panorama social y de la conjugación entre ambos conceptos indicados, se puede vislumbrar en la imagen del sujeto que se lanza por el puente atado a la cuerda, practicando la actividad de salto con cuerda desde una altura (generalmente un puente), conocida con el anglicismo *puenting*.

En efecto, en la sociedad actual se pretende conjugar el “máximo de emociones” (que identificaríamos con la experiencia excitante, de liberación de adrenalina, que puede suponer ese deporte, y que puede servir, en nuestro caso, para explicar la interacción sexual), con la “máxima seguridad” (que representan los anclajes, cuerdas y arneses en el deporte, y que en el caso del consentimiento sexual, se reflejaría en la tendencia hacia la positivización y control de los riesgos que aparece como idea abstracta ligada al consentimiento afirmativo –aun

⁶⁵⁵ Apud MALÓN MARCO (2021), *op. cit. supra*, p. 231.

cuando, entendemos, que es una presentación meramente aparente—, sustentada en un consentimiento que aporte desde ese pacto sexual un “control de riesgos”).

Precisamente, como advierte CALLIES (1989, p. 1338)⁶⁵⁶, *“el binomio riesgo-inseguridad, y por tanto, aversión al riesgo con la consiguiente aspiración a la seguridad, hace que los individuos reclamen de manera creciente al Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad”*. Nuestro actual modelo social tiende a la limitación de la libertad de acción, entiende VAN SWAANINGEN (1997, p. 174)⁶⁵⁷ al evidenciar que “la actuación humana ya no está orientada hacia ideales positivos, sino hacia la racionalidad negativa de la limitación de riesgos”. Lo anterior, lleva a que SILVA SÁNCHEZ (2020) interprete el devenir actual de las normas penales en clave de la *“restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada”*⁶⁵⁸.

El ideal que condensa la expresión “solo sí es sí”, manido eslogan de los postulados favorables a la implementación en el Código Penal de un modelo de consentimiento afirmativo expreso en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, se sustancia en la concepción del sexo activo como una fuente de riesgos (particularmente, para la mujer, sobre quien pivota todo el modelo de protección, puesto que es un reclamo ligado a los movimientos de algunas facciones dominantes del discurso feminista actual⁶⁵⁹), en la que se justificaría, por la

⁶⁵⁶ V. CALLIES, R. P. (1989). Strafzwecke und Strafrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, 89.

⁶⁵⁷ V. VAN SWAANINGEN, R. (1997). *Critical Criminology: Visions from Europe*. Sage Publications.

⁶⁵⁸ V. SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2020). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3.^a ed.). Edisofer, p. 37.

⁶⁵⁹ Existe un riesgo de identificar el feminismo como una unidad de criterio o corriente de pensamiento, lo que no es acertado, a la vista de los distintos “feminismos” que han existido históricamente, y que cohabitan actualmente, con posturas severamente encontradas. Existen voces en el feminismo militante que son críticas, sin ambages, hacia las posturas de la corriente dominante (el llamado feminismo “antisexo”, de carácter profundamente intervencionista, que niega el derecho de la mujer al trabajo sexual o a la exposición pornográfica, desde una concepción misándrica) y que apuestan por un feminismo que empodere genuinamente a la mujer en su papel como sujeto activo sexual, en una concepción de autonomía sexual que

peligrosidad de una eventual acción no consentida, la exigencia de un reforzamiento de la expresión de ese consentimiento, siempre en clave afirmativa, exteriorizado de una manera patente, concluyente e inequívoca.

Más allá de ahondar en los múltiples problemas de la exigencia de un consentimiento expreso afirmativo, que choca con los parámetros de conducta general y que impondría como regla una artificialidad en las prácticas sexuales absoluta, con una injerencia del Derecho Penal en la intimidad sexual completamente injustificable desde el plano de un modelo garantista y de mínimos, el consentimiento afirmativo es un sistema intrínsecamente irrazonable, por cuanto la práctica sexual no es una “unidad de actuación”, sino que se fragmenta en un conjunto de acciones sexuales, divisibles o fragmentables de una manera subjetiva hasta límites insospechables. Cada tocamiento, cada beso o cada acción sexual de mayor intensidad es susceptible de descomponerse en factores más simples, para los que, por supuesto, debería recabarse también consentimiento, a riesgo de caer en una pendiente resbaladiza hacia el absurdo.

La contractualización del consentimiento no nos puede llevar a una reducción a la mera expresión de un “sí” o un “no”, sino a una “negociación sexual”, como se ha expuesto anteriormente, en referencia a ciertas posturas, como la de PATEMAN⁶⁶⁰.

nos resulta mucho más coherente con un concepto de libertad sexual desde la igualdad de sexos y de responsabilidad recíproca del hombre y mujer, como protagonistas de sus propias decisiones sexuales, del que existe en España notables voces como la de REQUENA, A. (2020). *Feminismo vibrante: Si no hay placer no es nuestra revolución*. Alianza Editorial.

⁶⁶⁰ Cfr. pág. 36.

Así pues, de la misma manera que el clausulado de un contrato de arrendamiento ha de contener una adecuada relación de bienes o derechos sobre los que se extiende en consentimiento⁶⁶¹, no podría pedirse menos de las acciones sexuales “concertadas”, en la medida que si se ha consentido un beso en el cuello, no así ha de presumirse que se ha admitido ni otra acción ni en otro lugar del cuerpo. De hecho, la “deseada” implementación de un modelo expreso de consentimiento exigiría, como sucede en los negocios jurídicos, de unas reglas para la interpretación de las manifestaciones.

Debemos concluir este epígrafe con la necesaria referencia, por su relevancia y novedad, al criterio asentado por el Fiscal General de Estado, en la Circular 1/2023, publicada en marzo de 2023, respecto del modelo de consentimiento que rige en nuestro sistema y las implicaciones de tal entendimiento en la persecución de los delitos sexuales.

La citada instrucción parte de la premisa de la existencia de dos modelos entorno al consentimiento sexual: el “*yes model*”, vinculado a Gran Bretaña y Suecia⁶⁶², requiriéndose en estos lugares un consentimiento expreso afirmativo (*only yes means yes* –solo sí es sí–) ; frente al sistema de “*no model*”, que encuentra su paradigma en Alemania, donde es preciso que el sujeto pasivo, de alguna manera, evidencie su voluntad negativa a la acción o interacción sexual, como un veto a la acción sexual⁶⁶³.

⁶⁶¹ Recordemos que el Código Civil señala en su art. 1283 que “cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar”.

⁶⁶² V. Op. cit. n. 22, p. 21.

⁶⁶³ *Ibidem*.

En función de esta presentación dicotómica, la Circular va más allá de su función exegetica *de lege lata* a los exclusivos efectos de orientar la actuación del Ministerio Fiscal, por cuanto viene a sostener que en nuestro ordenamiento rige un sistema de consentimiento expreso⁶⁶⁴, al señalar que *“La opción del legislador español, consecuente con el art. 36.2 del Convenio de Estambul, exige apreciar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo siempre que el sujeto activo obre sin haber recabado previamente el consentimiento de la persona sobre la que recae la acción típica, aun cuando esta no hubiera manifestado su oposición en momento alguno, limitándose a mantener una actitud pasiva”*. De tal forma, la exigencia de “recabar” el consentimiento previo implica, inequívocamente, el establecimiento de una obligación de dotar de una expresión positiva o afirmativa al consentimiento sexual. La propia Circular emplea la locución “consentimiento expreso”⁶⁶⁵ para definir el modelo implantado en el Código Penal tras la LOGILS.

No obstante lo anterior, no podemos dejar de advertir que la interpretación ofrecida por el citado órgano, respecto del contenido de la reforma de la LOGILS en materia de consentimiento, no es compartible en absoluto, en cuanto que viene a identificar como un elemento característico del actual modelo de consentimiento el hecho de que sea “afirmativo o expreso”, cuando ello no responde a lo que establece el art. 178.1 CP. Existe una notable diferencia entre exigir un consentimiento exteriorizado de forma “clara” a la obligación de expresión del consentimiento.

⁶⁶⁴ V. Op. cit. n. 22, p. 22.

⁶⁶⁵ *Ibidem*.

Precisamente, la sustancial diferencia entre la fórmula del Anteproyecto de LO de 2020, frente a su siguiente fase, el Proyecto de 2021, radicó en la eliminación del requisito de expresión del consentimiento, admitiéndose la posibilidad de aceptar el consentimiento tácito, como exploraremos en la siguiente parte de este trabajo.

Pese a la reformulación, el Ministerio Fiscal impone a sus funcionarios una interpretación que no se compadece con la norma vigente, en cuanto a la exigencia del consentimiento expreso⁶⁶⁶. Se rechaza el consentimiento tácito y, por supuesto, el presunto⁶⁶⁷, cuando se prohíbe expresamente realizar una acción sexual sin haber obtenido previamente el consentimiento expreso para su realización, en función de que una persona se atreva a desarrollar una conducta no autorizada *ex ante*, salvo que existan *“indicios objetivamente razonables del consentimiento de otra persona”*.

En función de lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones conclusivas que procedan, en su momento, podemos adelantar una serie de aseveraciones:

⁶⁶⁶ V. Op. Cit. n. 22, p. 24, cuando afirma *“quien recibe el consentimiento para realizar un acto de carácter sexual queda vinculado por los términos en los que le ha sido otorgado y no se encuentra autorizado para exceder los márgenes consensuados”*. A la par, se afirma previamente que *“se impone así un deber de diligencia que exige explorar de un modo responsable el consentimiento de la otra parte antes de ejecutar sobre ella actos con significación sexual. Esta indagación se dirige a contrastar, por tanto, la existencia o inexistencia de consentimiento. Debe recordarse, asimismo, que nos encontramos ante modalidades delictivas que admiten el dolo eventual”*. Alguna sentencia anterior a la Circular, en el Tribunal Supremo, se había pronunciado en esta línea, como la STS Sala II, n° 145/2020, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:882), sin constituirse en una opción interpretativa predominante en el órgano.

⁶⁶⁷ Deben considerarse no consentidos aquellos actos de carácter sexual realizados por quien, a pesar de no obtener previamente indicios objetivamente razonables del consentimiento de la otra persona, actúa de todos modos, pretendiendo comprobar a través de la reacción suscitada de contrario (de la conformidad u oposición que despierta) si existe o no el consentimiento.

1.- Que el modelo que impone la Fiscalía General del Estado en la interpretación realizada es propio del sistema de consentimiento expreso, lo cual es una exigencia superior a la que actualmente fija el CP en su regulación del consentimiento (art. 178 CP), lo que es, a nuestro juicio, una interpretación *contra legem*.

2.- La Circular descarta el consentimiento tácito y el consentimiento presunto, que entendemos no están excluidos en una interpretación del art. 178 CP vigente con arreglo al sentido y finalidad de la norma, teniéndose en cuenta particularmente, los antecedentes históricos y legislativos, que llevan a que debamos interpretar su actual contenido precisamente en consideración a una evolución, desde una propuesta (anteproyecto) de un sistema de consentimiento expreso a uno intermedio (no es un sistema negativo, *sensu stricto*, pero tampoco es un modelo afirmativo puro).

3.- Que la Circular se excede, a nuestro juicio, al determinar que existe “un deber de diligencia” respecto de la obtención del consentimiento sexual.

Así pues, parece introducir en el ámbito de delitos de acción dolosos, como son los delitos sexuales, criterios propios de la imprudencia. Precisamente, si el sujeto activo ha de observar un especial “deber de diligencia”, cabe inferir que la inobservancia de ese deber de cuidado –objetivo– implicaría la comisión de una agresión sexual, en caso de que el sujeto activo no haya realizado las comprobaciones necesarias para indagar sobre el consentimiento. En este sentido, se evoca al dolo eventual en la comisión de estos delitos, pero se emplean criterios próximos a la incriminación de conductas que corresponden a formas

de imprudencia consciente, a través de la extensión y forzamiento de los requisitos, al imponer un deber de cuidado a todo sujeto activo, que habrá de acreditar en caso de que sea denunciado por esta causa (lo que conduce a una manifiesta inversión de la carga de la prueba en el ámbito del delito sexual, ya que bastará con que la víctima niegue su consentimiento para que el investigado deba probar la existencia del mismo y que exploró, de manera diligente, su obtención, para lo que habrá de probar tales elementos).

El actuar doloso implica, en el ámbito del delito sexual, la consciencia y voluntad de realizar una acción sexual in consentida, aun cuando en el plano del dolo eventual, dicho resultado aparezca como posible, y el sujeto cuente con ello, es decir, cuente con que no concurre el consentimiento en su actuación⁶⁶⁸. La relación subjetiva del autor con el consentimiento ofrece, sin embargo, severos problemas cuando se pretende introducir un particular “deber de diligencia”. De esta forma, las normas de cuidado nacen ante la existencia de conductas particularmente peligrosas para el bien jurídico, que requieren la observancia de unas pautas conductuales para ser toleradas en su realización por el Derecho.

Por ello, habría que plantearse en qué consiste o debe consistir la conducta de un sujeto para apreciar, con la diligencia exigible, si concurre o no el consentimiento, puesto que también haber casos en los que el sujeto estime posible la ausencia de consentimiento, pero confíe en que ello no sea así.

⁶⁶⁸ V. CEREZO MIR, J. (2004a). *Curso de Derecho Penal español: Teoría jurídica del Delito* (6ª, Vol. 2). Tecnos Editorial, p. 148.

Entendemos que, en la medida que la propia Fiscalía propugna un sistema de consentimiento afirmativo, no basta con meramente “preguntar antes de actuar” respecto del otro sujeto interviniente en la acción sexual, por cuanto ello es un presupuesto o requisito para una acción sexual lícita, de forma que ese deber de diligencia constituye un *plus* respecto de la mera existencia de una expresión oral del consentimiento.

Siguiendo a WELZEL (1969, pp. 68 y ss.)⁶⁶⁹, podría deslindarse la conducta dolosa de las formas de actuar imprudentes, atendiendo, desde una perspectiva conjunta de la teoría del consentimiento frente a la de la probabilidad (atribuida a autores como GROSSMAN o MAYER), a partir de la significación que se pretenda otorgar a la locución “contar con”, referida al autor. De tal forma, en los casos en los que el resultado (acción sexual in consentida) aparezca como más que posible y menos que altamente probable, serían tributarios del marco de la imprudencia; y en sentido contrario, si existen más probabilidades de un “no” que de un “sí”, valorado lo anterior por un criterio externo racional, entonces nos encontraríamos dentro del ámbito del dolo eventual.

Recuerda STRATENWERTH (1959, p. 60)⁶⁷⁰ que *“si el autor, a pesar de las medidas adoptadas para evitar el resultado, sigue considerando que puede producirse, queda abierta la posibilidad del dolo eventual”*. En estos casos, CEREZO MIR (2004, p. 152) diferencia los supuestos en que el sujeto activo cuente, a pesar de todo, con la posibilidad de que el resultado se produzca –dolo eventual, conforme también

⁶⁶⁹ V. WELZEL, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht* (11.ª ed.). Walter de Gruyter.

⁶⁷⁰ V. STRATENWERTH, G. (1959). Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit. En *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Vol. 71).

lo postulado por STRATENWERTH⁶⁷¹–, frente a los casos en que el sujeto simplemente prevea la posibilidad de producción del resultado o tenga tal conciencia –frente a los postulados de SCHRÖEDER (1949, pp. 207 y ss.)⁶⁷² y FRISCH (1983, pp.94 y ss.)⁶⁷³–, puesto que ello llevaría a prescindir de un elemento volitivo en la apreciación del dolo eventual que, precisamente, resulta cardinal para segregar las conductas de las modalidades de imprudencia consciente.

Precisamente, parece que la interpretación ofrecida por la Circular de la Fiscalía General se acerca más a estas posturas, en esta clase de delitos (de resultado) en los que parece que bastaría con el conocimiento del riesgo ilícito típico para que se considere relevante para la norma y, por ende, delictivo en clave de dolo eventual.

Resulta criticable tal concepción, además de por todo lo expuesto, por cuanto CEREZO MIR enfatiza que es “la actitud emocional del sujeto” es el elemento decisivo⁶⁷⁴ frente a la magnitud que éste atribuya al peligro, en la medida que la mera indiferencia del sujeto no puede ser considerada una forma de actuar doloso, según el concepto sostenido por el autor, si el sujeto no contaba

⁶⁷¹ *Ibidem*.

⁶⁷² V. SCHRÖDER, H. (1949). Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes. En *Festschrift für W. Sauer*. Walter de Gruyter.

⁶⁷³ V. FRISCH, W. (1983). *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmassigen Verhaltens und des Vorsatzes : zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Carl Heymanns Verlag.

⁶⁷⁴ El elemento volitivo del dolo es un aspecto del que parece prescindirse en la Circular, precisamente al introducir el factor del “deber de diligencia” objetivamente exigible, que prescinde del aspecto volitivo y nos lleva planos de valoración objetiva. Recordemos que el propósito de esta instrucción no ha de ser interpretar los criterios de definición entre el actuar doloso e imprudente en materia de delincuencia sexual, puesto que no existe en nuestro vigente modelo un delito sexual por imprudencia consciente, que exigiera tal disquisición para garantizar la adecuada unidad de actuación de los representantes del órgano. Es una razón más por la que resulta excesiva, a nuestro juicio, la exégesis propuesta en el señalado texto.

con la producción del resultado –algo que puede suceder, pero no es indefectible–.

3. Referencia a los textos precursores de la actual Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LOGILS), con especial atención a la regulación del consentimiento en materia sexual.

3.1 El Anteproyecto de Ley Orgánica de 2020 y su propuesta de regulación de la exteriorización del consentimiento sexual a los efectos de la protección penal de la libertad sexual.

En la aproximación conceptual al tratamiento de la cuestión del reconocimiento del derecho de autodeterminación sexual y la expresión del consentimiento en este ámbito, a partir de la regulación de la LOGILS, entendemos conveniente acudir a los “antecedentes legislativos”, en los términos del art. 3.1 CC, para poder contemplar la norma de una manera dinámica, como fruto de un tránsito conceptual, en vez de limitarnos exclusivamente a una valoración del resultado final, que impide captar adecuadamente la verdadera dimensión de la norma, en relación con las expectativas con las que se gestó y con los postulados desde los que se inició su redacción. También acudiremos, en el siguiente epígrafe, a referenciar el Proyecto de 2021, como el antecedente inmediato del texto finalmente aprobado.

Ambos coinciden en la premisa básica de la categorización de la agresión sexual como *“cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento”*. Lo anterior, condujo a los redactores de las respectivas

propuestas a ofrecer, en cada texto, una definición auténtica (en clave negativa) del consentimiento sexual:

- En el Anteproyecto: *“cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”*.
- En el Proyecto: *“cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”*.

Son varios los puntos en los que vamos a centrar nuestra discrepancia, en este caso, de la definición dada por el Anteproyecto al consentimiento (que finalmente, decayó en el Proyecto):

1º.- Se parte de una presunción iuris tantum de “no consentimiento”. Es decir, se presume que quienes participan en un acto o actividad sexual no consienten la misma salvo que concurran una serie de condicionantes que permitan advertir la existencia del consentimiento.

Esa perspectiva lleva a una tendencia incriminadora incuestionable, a la par de una inversión, en la práctica procesal penal, del *onus probandi*, potencialmente lesivas respecto del principio acusatorio y del derecho a la presunción de inocencia, como aspectos nucleares del derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución española.

Partir de la premisa que no hay consentimiento sino cuando concurren ciertos factores -que no solo han de concurrir, sino que habrá que demostrar que

se presentaron en el momento del acto sexual o actividad sexual escrutada en el proceso-, equivale de presumir la existencia de un delito, salvo prueba en contrario, puesto que toda acción sexual se presume delictiva salvo acreditación del consentimiento expreso.

Ello comportaría un deber del investigado o acusado en un proceso penal, para “resultar” inocente, de tener que hacer prueba sobre la existencia y adecuación formal y material del consentimiento que se prestó en el momento de la acción sexual a la norma penal, sobre los parámetros que vamos a explorar, y que, como veremos, pretenden instaurar un modelo sociológico de relaciones en el ámbito sexual artificioso, de laboratorio. Es una forma de instrumentalizar el Derecho Penal, no protegiendo bienes jurídicos ni su puesta en peligro, sino creando un sistema de enemigos sexuales que lleven a una desnaturalización de las relaciones sexuales. El proceso se configura, de tal manera, entorno a una *probatio diabólica*, puesto que, incriminándose a cualquier sujeto por un delito de agresión sexual correrá por su cuenta acreditar que hubo un consentimiento, en los términos legales del mismo, que seguidamente analizamos, y que, ya advertimos, es prácticamente imposible aseverar, fuera de casos de laboratorio o de planteamientos puramente teóricos, desconectados de la sexualidad humana, o que al menos, se cercioró de que existía adecuadamente.

Por último, pero no menos relevante, es destacar que la asunción de tal planteamiento supondría el forzamiento a cualquier investigado o acusado para que adopte una posición activa de defensa, contraria a la esencia de las garantías previstas en el art. 24.2 CE, en la medida que el investigado tiene derecho en el proceso penal a no incriminarse, ni a colaborar en forma alguna con la

instrucción de la causa. Es la vertiente pasiva del derecho de defensa⁶⁷⁵, que ha de reconocerse en todo momento del proceso penal, y en las actuaciones preprocesales⁶⁷⁶ de esta misma naturaleza.

2º.- Inicialmente, se vino a exigir que el consentimiento libre fuera “expreso”. En este sentido, quedaban fuera del ámbito de permisión (dentro del contenido penalmente relevante, por ello) cualquier formas de consentimiento tácito o de comunicación no verbal. Tales situaciones, sin embargo, son la regla común a la inmensa mayoría de las interrelaciones sexuales entre los seres humanos en las relaciones de pareja⁶⁷⁷.

En el ámbito antropológico, parece consensuada la concepción de que los roles de la masculinidad y feminidad se sustancian, esencialmente, en patrones conductuales, culturalmente condicionados⁶⁷⁸, que alcanzan su expresión esencialmente a través de la comunicación no verbal. Es decir, la conducta de interacción sexual es, por reducción a su propia naturaleza antropológica, una

⁶⁷⁵ V. La doctrina del TC, sobre el derecho de defensa en su vertiente pasiva, puede destacarse en las SSTC 197/1995, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TC:1995:197), FJ 6º; 161/1997, de 2 de octubre (ECLI:ES:TC:1997:161), FJ 5º; 18/2005, de 1 de febrero (ECLI:ES:TC:2005:18) FJ 2º; 142/2009, de 15 de junio (ECLI:ES:TC:2009:142), FJ 3º; y con términos análogos en la STC 54/2015, de 16 de marzo (ECLI:ES:TC:2015:54), FJ 7º, entre otras. En la doctrina española, sirvan las referencias a BANACLOCHE PALAO, J. (2000). El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. *Cuadernos de Derecho Público*, 10, 179-201; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2015). *El derecho a no inculparse*. Civitas.

⁶⁷⁶ V. GUTIÉRREZ SANZ, M. R. (2019). *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal: ante la Policía y ante el Ministerio Fiscal* (A. BONET NAVARRO, Prolog.). Tirant lo Blanch.

⁶⁷⁷ V. ARMENTA HURTARTE, C. y DÍAZ-LOVING, R. (2008). Comunicación y satisfacción: Analizando la interacción de pareja. *Psicología Iberoamericana*, 16(1), 23-27. <https://doi.org/10.48102/pi.v16i1.294>; NINA, R. (2008). Comunicación sexual desde el contexto de la relación de pareja. *Archivos Hispanoamericanos de Sexología*, 14(1), 43-56. En sentido contrario, CARMONA, M. (2011). ¿Negocian las parejas su sexualidad? significados asociados a la sexualidad y prácticas de negociación sexual. *Revista Estudios Feministas*, 19(3), 801-822. <https://doi.org/10.1590/s0104-026x2011000300008>.

⁶⁷⁸ Es referencial el estudio de 1935 de MEAD (v. MEAD, M. (2001). *Sex and Temperament: In Three Primitive Societies* (1.ª ed.). Harper Perennial), pionero en las exploraciones antropológicas de las manifestaciones interactivas de la expresión de la sexualidad y de los patrones de género.

cuestión más ligada a lo que se hace u omite (tácitamente) que a lo que se dice (expresamente).

De esta forma, inicialmente se trató de encaminar la relación sexual a un pacto, donde tiene que darse expresión verbal a las conductas sexuales que se planifica ejecutar. No cabía improvisación durante la relación, sino ha existido una expresión del consentimiento, en tanto que las “novaciones” deberán ser también estipuladas debidamente.

3º.- Se exige, en el texto anteproyectado, que el consentimiento expreso se manifieste por actos “exteriores, concluyentes e inequívocos”.

Respecto al primer concepto, nos resulta dudoso ese término, por cuanto resulta un tanto tautológico, en la medida que ya se establece que ha de ser un consentimiento expreso, con lo que no puede serlo por actos “interiores o internos”. De hecho, los actos internos no son propiamente tales, sino meras formas de pensamiento, que constituyen planos de una elaboración puramente psíquica, pero que no se plasman en un resultado externo a través de un movimiento o conducta en la esfera ontológica (acto o acción). Por otra parte, hablar de actos concluyentes - *facta concludentia*, en ámbito jurídico consensual-, parece antinómico con el requisito de que el consentimiento sea expreso.

Precisamente, tal término es identificativo, característico y propio de la interpretación de la existencia de un consentimiento tácito, en cualquier materia. Por tanto, estamos ante un oxímoron, totalmente indeseable en el proyecto de norma penal. Si se traen a colación elementos propios del consentimiento tácito,

difícilmente puede exigirse que tales criterios se apliquen en un marco de consentimiento expreso.

Siempre pareció claro que la norma anteproyectada apostó por dar carta de naturaleza al consentimiento tácito (a pesar de que textualmente se contemplara solo el consentimiento expreso). Ello se refrenda con la alusión a los actos “inequívocos”. Lo expreso no admite, por lo común, el carácter equívoco. Es verdad que las palabras pueden admitir diversos sentidos, y ser equívoca la expresión de una persona, en tanto que no se haya precisado adecuadamente. Ahora bien, en materia sexual, lo expreso no suele admitir ese carácter de equívoco; como sí lo hace, más amplia y particularmente, el actuar humano y el sentido subjetivo que presida esa conducta, es decir, lo tácito.

En suma, hay una aparente contradicción, a nuestro entender, en la exigencia de un consentimiento “expreso”, pero que pueda manifestarse por actos “exteriores, concluyentes e inequívocos”, lo que nos conduce a la admisión de que no se verbalice el consentimiento, pero este pueda inducirse de actos de los que se pueda predicar esos caracteres.

4º.- Por otra parte, más allá de lo planteado, convendría reflexionar sobre qué clase de “actos exteriores, concluyentes e inequívocos” pudieran ser considerados una forma de expresión del consentimiento (en un intento de resolver la antinomia, al menos aparente, entre exigir una prestación expresa de consentimiento; previa admisión de la relevancia de actos de los que se predique esos tres elementos, lo que no dejará de ser un consentimiento tácito).

En este sentido, el redactor de la norma incurre en un terreno más que movedizo y manifiesta inseguridad jurídica, al recurrir a conceptos jurídicos absolutamente indeterminados, y que se prestan a un margen valorativo que quebranta las exigencias elementales de taxatividad y seguridad jurídica que un Derecho Penal moderno, en un estado democrático, debe aspirar a preservar.

La respuesta a nuestra preguntar inicial -que no pretende ser retórica, pero puede quedarse en ello-, es difícilmente contestable con un grado de certeza adecuado en Derecho Penal. Nuestra norma no tiene una naturaleza dispositiva, como sí sucede con el Derecho civil de obligaciones y contratos, sino que el paradigma del *ius cogens*. Por ende, no puede prestarse al arbitrio judicial -en último caso- la fijación de que actos o modos expresan equivalentemente al sí verbalizado, una aceptación o adhesión a la propuesta del otro/s integrante/s de la cópula o de la actividad sexual concreta.

No se trata, en efecto, de buscar un corolario de conductas sexualmente receptivas o que indiquen adhesión, pero el abismo de la indeterminación en esta cuestión resulta absolutamente irreconciliable con los fundamentos básicos del Derecho Penal, con el principio de legalidad, de taxatividad, de seguridad jurídica y de culpabilidad incluso, puesto que es preciso que el sujeto activo, en los delitos dolosos, además de tener la consciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, se precisa que posea también un conocimiento de la significación antijurídica de su conducta. Sin límites claros en el contorno de intervención penal, desdibujando las fronteras o haciendo descansar en los órganos judiciales el peso de valorar, caso a caso, tales factores, se favorece una

incriminación masiva y la destrucción de los principios esenciales del Ordenamiento penal propio de un sistema legalista.

Por supuesto, un planteamiento de esta naturaleza atentaría el principio de intervención mínima, en tanto que, de una dicción tamañamente defectuosa y sesgada, la labor instructora penal se tornará (de haberse admitido esta norma proyectada), ya no en la concurrencia de indicios de inexistencia del consentimiento, de violencia o intimidación en una acción sexual, o de abuso de la superioridad o vulnerabilidad de la víctima, sino en la justificación del consentimiento prestado para un acto sexual por parte de quien aparezca como investigado por la presunta agresión.

Al tratarse de cuestiones manifiestamente subjetivas, opinables, netamente valorativas en toda su extensión, caemos irreductiblemente en manos de la casuística, al más puro estilo “*common law*”, donde se obliga a que el juez quien valore, caso a caso, qué es o no interpretable como una aceptación tácita ante una interacción sexual.

3.2. El influjo de la “perspectiva de género” en la configuración de la reforma del Código Penal mediante la LOGILS: hacia un Derecho Penal y procesal-penal identitario en materia sexual.

Un factor muy relevante que debe ser tomado en consideración en relación al fenómeno de la violencia de género, una de cuyas modalidades, por ministerio del art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, viene constituida por los actos de agresión

sexual del hombre sobre su mujer, pareja o expareja⁶⁷⁹, es precisamente la llamada “perspectiva de género” como criterio exegético del conjunto de las normas del ordenamiento jurídico español y su particular consecuencia en la prueba en los procesos penales en materia de violencia de género, cuando la víctima fuera mujer y estuviera ligada al autor por los vínculos del art. 1.1 de la citada Ley Orgánica.

Los antecedentes de la adopción de la perspectiva de género en la legislación sustantiva y procesal penal, se encuentran en el plano normativo internacional en la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (conocida en su acrónimo en inglés, CEDAW), dictada el 18 de diciembre de 1979, en el seno de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), entrando en vigor en el Derecho español tras su ratificación el 16 de diciembre de 1983. Mediante el referido instrumento normativo, se creó un comité de expertos para el seguimiento del Convenio (compuesto por 23 miembros, elegidos entre los Estados Miembros), que tienen como misión examinar los avances legislativos, medidas judiciales y administrativas o de otra índole, que adopten los Estados para hacer efectiva una modificación de los patrones socioculturales de carácter conductual, de los hombres respecto a las mujeres, que permita acabar con la discriminación existente de los primeros frente a las segundas, en los diversos ámbitos de la

⁶⁷⁹ Respecto a esta relación entre la violencia sexual y el componente de género que las tendencias legislativas en España están expandiendo a toda la materia de los delitos sexuales, hacia un Derecho Penal sexual identitario, desde una perspectiva crítica y sumamente interesante en sus conclusiones, debemos señalar la obra de DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2020). Política criminal y Derecho Penal. En *Política Criminal y Derecho Penal (Estudios)* (3ª Ed., Vol. 2, pp. 1005-1028). Tirant lo Blanch.

realidad social, sustentados en conductas y postulados estereotípicos de machismo y dominación.

Sin embargo, será tras la Conferencia de Beijing de 1995 en el ámbito de la ONU, recuerda POYATOS I MATAS (2019, p. 2)⁶⁸⁰ , cuando se introduzca el concepto de la “perspectiva de género”. Dicha autora sostiene que la perspectiva de género constituye un elemento informador de la interpretación de las normas en nuestro ordenamiento, de carácter imperativo y transversal, sustentándose en la vinculatoriedad, según su criterio⁶⁸¹:

“a) Artículos 1.1º, 14 y 9.2º CE (mandato a los poderes públicos de remoción de obstáculos impeditivos de la igualdad real)

b) Artículos 10.2º y 96 CE, sustancialmente en relación con CEDAW (Artículos 1, 2 c) d), e) y f) y 5 a). Recomendaciones Generales nº19 y 33 y Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, Convenio de Estambul, (art. 49 en relación con el art. 3).

c) Art. 4 y 15 de Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH)”.

⁶⁸⁰ En POYATOS I MATAS, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. IQUAL. Revista de Género e Igualdad, 2, p.1-21.

⁶⁸¹ *Op. cit. supra*, p. 8

POYATOSI MATAS define “juzgar con perspectiva de género”⁶⁸² como *“una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico”*. A partir de ahí, parece sugerir que las normas y la prueba en el proceso penal deben ser interpretados a favor de la mujer, en cuanto a sujeto perjudicado por la desigualdad.

Por su parte, recientemente –en noviembre de 2022– el Tribunal Supremo⁶⁸³, a propósito del mediático caso “Arandina”, en lo referente a la implementación de la perspectiva de género en los delitos sexuales, que *“la perspectiva de género debe tener un marco de aplicación práctica en estos supuesto para verificarse desde un punto de vista en el que la capacidad de oposición por parte de la víctima o mujer se encuentra en muchas ocasiones vencida por las circunstancias particulares del agresor o agresores y la dificultad o imposibilidad de la víctima de oponerse a la conducta ilícita”*. De hecho, tras afirmarse que *“no implica en ningún caso que se alteren, por ello, las reglas de la valoración de la prueba y que deba tener que probar su inocencia el acusado”*, se concluye seguidamente que procede contemplar la perspectiva de género *“en la reacción de la víctima ante hechos en los que su capacidad opositora queda muchas veces reducida, o anulada, precisamente, por su condición de mujer ante el ataque del agresor o agresores”*. Por ende, se concluye que la perspectiva de género impone una diferencia esencial o singular entre el consentimiento de la mujer y del hombre, en clave de la capacidad de oposición –menor, intrínsecamente– de la mujer frente al ataque de un eventual agresor o agresores.

⁶⁸² Op. cit. *supra*, p.7

⁶⁸³ V. STS, Sala II, nº 930/2022⁶⁸³, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489), FJ 8º.

3.2.1. Análisis crítico del enfoque de “perspectiva de género” en el ámbito del Derecho Penal sexual.

En el ámbito de la doctrina penal, autoras como LARRAURI PIJOAN (2008, pp. 20-31)⁶⁸⁴ efectúan una serie de consideraciones entorno a la necesidad de la aplicación de una perspectiva de género en este ámbito.

Tales postulados han que han sido recogidos por otras voces a la hora de conceptualizar la perspectiva de género, como apunta –críticamente– RAMÍREZ ORTIZ (2019, pp. 99 y ss.)⁶⁸⁵. Procedemos a concretar las ideas que consideramos más sugerentes, que infunden la conceptualización de tal criterio exegético, actualmente dominante.

La referida autora (2008) parte del postulado de que “*el Derecho Penal construye el género femenino*” (p.20), criticando que nuestro ordenamiento criminal asume la imagen de las mujeres que “*los hombres tienen de las mujeres*”, concluyéndose que esta es, la de tener una “*sexualidad pasiva (en la violación); procreadora (en el extinto tipo de homosexualidad) y objeto de disfrute (a propósito del exhibicionismo)*”.

Desde nuestra perspectiva, el ordenamiento penal actual se caracteriza por una tendencia creciente en ampliar la protección de la mujer, no solo en los

⁶⁸⁴ En LARRAURI PIJOAN, E. (2008). *Mujeres y sistema penal*. Editorial B de F.

⁶⁸⁵ En su ilustrativa obra, RAMÍREZ ORTIZ, J. L. (2019). *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*. Tirant lo Blanch.

delitos sexuales, sino en el conjunto de las figuras del Código Penal. De la misma manera que es difícilmente cuestionable que el Derecho Penal clásico o arcaico se sustentaba en una posición privilegiada o supremacía masculina (un ejemplo claro fue la regulación del adulterio en nuestro sistema penal), la tendencia del Derecho Penal transita por el sendero opuesto, porque el sujeto activo masculino ya no es tenido en consideración de forma privilegiada, sino agravada en ciertos delitos.

Tratando de reforzar sus argumentos, por la autora se ejemplifica con la ausencia de penalización de la prostitución (sí de ciertos modos de proxenetismo), como paradigma de una visión “machista” del Derecho Penal. Ante ello, conviene plantear que la prostitución masculina resulta igualmente al margen de cualquier penalización, de lo que no puede colegirse una valoración positiva del Derecho respecto del hombre en su rol de género (como un sujeto pasivo de satisfacción de otro hombre o de una mujer a cambio de dinero).

El Derecho Penal, a nuestro juicio, no contribuye a crear identidades de género, ni de la mujer ni del hombre. Su objetivo es mucho menos ambicioso y más concreto: proteger bienes jurídicos e intereses dignos de tutela en cuanto a manifestaciones primarias para lograr el libre desarrollo de la persona.

En el marco penal actual la protección cualificada de la mujer en ciertos delitos contra las personas, sustentada en la necesidad de actuar contra las manifestaciones de violencia que particularmente afectan o se dirigen contra

éstas por razón de su género⁶⁸⁶, por ciertos hombres, en el marco de la dominación machista, precisamente apunta a que la postura de LARRAURI PIJOAN no puede ser mantenida, particularmente, tras las últimas reformas del Código Penal. En estas, se ha colocado el acento claramente en una protección de mayor intensidad hacia la mujer que sea víctima de delitos sexuales, por parte de varones –sean o no sus parejas–.

En este punto, cabe destacar la aplicación de la circunstancia agravante de género (art. 22.4 CP) en delitos sexuales, tanto cuando fueran cometidas por parejas o exparejas, como cometidos por extraños a la víctima.

⁶⁸⁶ A favor de exigir, para la aplicación de los tipos de violencia de género, la constatación del ejercicio de la violencia como concreta manifestación de la discriminación y de la situación de desigualdad de los hombres sobre las mujeres en el ámbito de la pareja o expareja, v. BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (2006). *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Atelier, p. 29 y ss. Tal concepción, coherente con la propia dicción del art. 1.1 LOPIVG, no obstante, se ha visto claramente afectada por la interpretación del Tribunal Supremo en SSTs 677/2018, que camina por la senda de la objetivación, al considerar que el hecho de que uno de los integrantes en un contexto de mutua riña sea mujer, indefectiblemente debe llevar a la consideración de que la agresión del varón, respecto de ésta, responde a un patrón de dominación o machismo. Ello es más que discutible como patrón, puesto que admite a nuestro juicio notables excepciones, como el hecho de que sea la mujer la que lleve a cabo el salto a la agresión física en la discusión, o la que desarrolle conductas de mayor lesividad respecto del varón, en expresión, precisamente, no de una inferioridad o dominación, sino todo lo contrario, en el marco de relaciones o interacciones heterosexuales disfuncionales.

No obstante, la configuración de la perspectiva de género sostenida por la citada autora, desde postulados como la “neutralización”^{687/688},

⁶⁸⁷ Cfr. LARRAURI PIJOAN, E. (2008), *op.cit.* n. 140, p. 23, cuando asume que, bajo la apariencia de neutralidad, en una segunda lectura advierte un machismo subyacente en la interpretación, ejemplificando – según su planteamiento– que los Tribunales entienden mayoritariamente que la mujer no puede matar al marido de una manera que no sea sorpresiva, por la espalda o en situación de ebriedad. Se justifica en la composición mayoritariamente del legislador dominante, como el “hombre blanco heterosexual de clase media”. La realidad actual nos muestra, sin embargo, una composición paritaria de los órganos legislativos nacionales, v. *Instituto Nacional de Estadística. Mujeres en el Congreso de los Diputados y en el Senado.* (s. f.). Recuperado 2 de abril de 2023, de https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ESyc=INESeccion_Cycid=1259925595398yp=%5Cypagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888.

⁶⁸⁸ Cfr. LARRAURI PIJOAN, E. (2008), *op.cit.* n. 140, p. 28, no comparte la idea, en el ámbito de la legítima defensa, de que la mujer durante una agresión no puede repeler al agresor masculino y debe esperar a que el ataque cese para poder defenderse no parece compartible. Tal hipótesis, sin embargo, apreciamos que solo satisface algunos casos, y no admite concluirse como regla general sin incurrir en la minusvaloración de la mujer como sujeto capaz, ya no solo de defenderse por sí, sino de poder atacar al hombre, aspecto contrastado y estudiado por TOLDOS ROMERO, M. P. (2013). *Hombres víctimas y mujeres agresoras. La cara oculta de la violencia entre sexos.* Alianza Editorial.

A pesar de ello, es muy frecuente, en el ámbito del análisis de la violencia de género, los intentos de explicación con correlaciones de carácter biológico, como el vínculo de la testosterona –hormona con mayor presencia en el hombre– con incremento de agresividad frente a los estrógenos –hormona femenina–. A estos efectos, v. de ALENCAR-RODRIGUEZ, R. y CANTERA, L. (2012). Violencia de Género en la Pareja: Una Revisión Teórica. *PSICO*, 43(1), 116-126; GÓMEZ-TAGLE LÓPEZ, E. y JUÁREZ RÍOS, E. (2014). Criminología sexual. *Revista Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 8 (34), 141-165. En el actual discurso de ciertos sectores del feminismo político español, la identificación del hombre con un ser esencialmente agresivo, está calando como un mantra contra el que nos alzamos, por acientífico. En efecto, si se acude a las estadísticas de violencia sobre la mujer, en la que el sujeto activo solo puede ser el hombre, evidentemente la totalidad de los sujetos activos son hombres, por definición, con lo que identificar violencia de género con el autor masculino es obvio.

Sin embargo, si ampliamos el foco de la violencia al ámbito intrafamiliar, una simple vista de las estadísticas de asesinato de hijos menores de edad apunta a la mujer como principal sujeto activo, como evidencian KAUPPI, A., KUMPULAINEN, K., KARLOKA, K., VANAMO, T. y MERIKANTO, J. (2010). Maternal and paternal filicides: A retrospective review of filicides in Finland. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 38 (2), 229-238; BENÍTEZ-BORREGO, S., GUÀRDIA-OLMOS, J. y ALIAGA-MOORE, L. (2013). Child homicide by parents in Chile: A gender-based study and analysis of post-filicide attempted suicide. *International Journal of Law and Psychiatry*, 36 (1), 55-64. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2012.11.008>; COMPANY, A., PAJÓN, L., ROMO, J. y SORIA, M. A. (2015). Filicidio, infanticidio y neonaticidio: estudio descriptivo de la situación en España entre los años 2000-2010. *Criminalidad*, 57 (3), 91-102.

En efecto, aunque la violencia vicaria contra los menores suele presentarse caracterizada como una forma de violencia de género, y por tanto, consolidaría la perspectiva biologicista, existe ya algunas excepciones que rompen esa línea identificativa, en tanto que en una ocasión al menos, nuestro Tribunal Supremo ha designado como “violencia vicaria” el caso de agresora mujer con una víctima menor de edad (hijo), instrumentalizado como modo de causar un perjuicio a su pareja masculina. V. STS Sala II, nº 269/2022, de 22 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:1201, FJ 4º.

la “desvaloración”⁶⁸⁹ o la “desprotección”⁶⁹⁰ por el Derecho Penal de las mujeres, unida a la reciente postura exegética apuntada en la STS nº 930/2022⁶⁹¹, pueden contribuir a nuestro juicio, paradójicamente, a la sustentación de un modelo de protección que perpetúe, como efecto indeseado, el rol de género de la mujer como un ser necesitado de una especial tuición. Dicho planteamiento, a nuestro juicio, difícilmente se puede concitar con la realidad actual de la mujer en una sociedad moderna y avanzada como es la española, donde existe una igualdad efectiva en la inmensa mayoría de aspectos y en la que, los escasos focos de desigualdad que pudieran existir, requieren otra clase planteamientos para su superación.

A partir de los anteriores planteamientos, autores como RAMÍREZ ORTIZ (2019, p. 181)⁶⁹², siguiendo a LÓPEZ ORTEGA (2018, p. 7)⁶⁹³, sostienen que ha de

⁶⁸⁹ V. GILLIGAN, C. (1982). *In a different voice: Psychological theory and women's development*. Harvard University Press, *passim*, acude a diferenciar entre “ética del cuidado”, fórmula por la que las mujeres se centran menos en la justicia abstracta y más en la resolución de los problemas de su entorno, frente a la “ética del Derecho”, identificada con el rol masculino, que se centra en el respeto a las normas jurídicas por encima del cuidado personal o preocupación por las cuestiones individuales de su entorno. Sobre este planteamiento, LARRAURI asume una menor participación de la mujer en la “*res publica*”, lo que, sin embargo, no se ajusta a la actual representación parlamentaria en las Cortes Generales (cfr. n. 143), ni tampoco en las profesiones jurídicas, v. los datos ofrecidos por CAUSAPÉ, B., a propósito de la exposición “Mujeres pioneras del Derecho en Aragón”, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza (2018), en la que se expuso, en la conferencia inaugural, datos relevantes sobre el acceso de la mujer a las Carreras Judicial (69% de las aprobadas en 2018), Notarial (54,44%) o la Abogacía del Estado (50%), en CAMPO, S. (2018, 13 marzo). *Tierra de mujeres juristas pioneras*. heraldo.es. <https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2018/03/12/tierra-mujeres-juristas-pioneras-1229663-300.html>

⁶⁹⁰ Cfr. LARRAURI PIJOAN, E. (2008), *op.cit.* n. 140, p. 30, centrando su crítica en las figuras del impago de pensiones alimenticias –que entiende tardíamente censurada en el Derecho Penal español–, o la operatividad de la excusa absolutoria del art. 268 CP y el carácter semipúblico de los delitos contra la libertad sexual, como expresión del sexismo.

Sin embargo, no alcanzamos a comprender en qué medida tales preceptos contribuyen a una teórica supremacía del varón, cuando son figuras en los que no existe distinción entre los potenciales sujetos activos y pasivos, tanto a la hora de incriminar (los delitos del art. 227 CP y los delitos contra la libertad sexual), como de eximir (en el caso del art. 268 CP).

⁶⁹¹ Cfr. n. 139.

⁶⁹² *Op. cit. supra*.

⁶⁹³ V. LÓPEZ ORTEGA, J. J. (2018, diciembre). Reflexiones Breves: Yo si te creo. *Boletín Comisión Penal- Jueces y Jueces para la Democracia*. <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2018/12/Boletin-Penal->

partirse en el ámbito probatorio del proceso penal –atendida ya la contextualización del enjuiciamiento “con perspectiva de género”– del postulado en el ámbito de la agresión sexual de que *“la relación fue inconscientida, salvo que exista un motivo serio de incredulidad, por lo que deben evaluarse todas las circunstancias presentes”*.

Es decir, se aboga por una presunción *iuris tantum*, cuanto menos, de culpabilidad del acusado del delito sexual, al que le corresponderá “probar su inocencia”, lo que aniquila el principio a tal presunción, como derecho fundamental. RAMÍREZ ORTIZ, en la obra citada, acude a introducir el “principio de contexto” (p.181)⁶⁹⁴, es decir, los elementos en que se desarrolla temporoespacialmente el consentimiento prestado.

3.2.2. La perspectiva de género en la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma del Código Penal operada por la LOGILS.

Finalmente, abordamos la opinión de Fiscalía General del Estado recogida en su Circular nº 1/2023, a los efectos de la interpretación de la reforma operada en el Código Penal por la LO 10/2022 (LOGILS), en clave de “perspectiva de

N10-Volumen-II.pdf. Por otra parte, nótese cómo la cuestión probatoria además se recrudece con resoluciones como las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de Noviembre de 2003 (en un caso contra Polonia); y de 28 de Mayo de 2015 (contra Eslovenia). En ambos asuntos, se consideró que la exigencia a la mujer de informes periciales analizando su afectación psíquica a los efectos de valorar la verosimilitud de la incriminación sostenida, podrían suponer una injerencia insoportable, en la que se terminase juzgado la vida de la víctima. Frente a ello, cabe sostener que, en otro caso, si no se efectúan estas pruebas adecuadamente, la valoración, en pos de evitar esa teórica “victimización secundaria”, adolecerá de criterios adecuados para la corroboración, con la exactitud adecuada, del daño causado, conduciendo esta clase de procesos a la mera confrontación testimonial entre víctima y presunto agresor.

⁶⁹⁴ Op. cit. *supra*.

género”, elevando dicho enfoque a la categoría de “principio normativo vinculante”, para el Derecho Penal sustantivo y procesal-penal.

Sin la pretensión de parafrasear su contenido, la citada instrucción vinculante viene a realizar un repaso a las normas aplicables que se afirma que sirven como claves de bóveda para tal postulado: el Convenio de Estambul de 2011 del Consejo de Europa, junto con las Recomendaciones nº 19 y 35 de la CEDAW, fundamentalmente. Sobre la base de tales normativas, colige la Fiscalía General del Estado –apoyándose para ello en el criterio sostenido por el Tribunal Supremo⁶⁹⁵– que *“el enfoque de género constituye un principio rector del ordenamiento jurídico de carácter normativo y, por ello, de obligado cumplimiento, que informa la interpretación y aplicación del derecho y, desde luego, la valoración de la prueba, y que se encuentra íntimamente conectado con los principios constitucionales de dignidad e igualdad”*⁶⁹⁶.

Los invocados en la Circular para la aplicación de la perspectiva de género como “principio rector del ordenamiento jurídico” se sustentan en una serie de referencias:

- i) Se asevera que la perspectiva de género hunde su fundamento en una exigencia del Convenio de Estambul de 2011. Ahora bien, tal concepto, la “perspectiva de género”, no se predica con carácter general para la instrucción y enjuiciamiento de cualquier figura

⁶⁹⁵ V. STS, Sala II, nº 852/2021, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:4148)

⁶⁹⁶ Epígrafe 2 de la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

delictiva, sino tan solo respecto del “*tipo de violencia*” de la que se ocupa el Convenio (*cfr.* art. 49.2 del Convenio⁶⁹⁷), esto es, exclusivamente en relación a la violencia de género⁶⁹⁸.

Por tanto, no es automáticamente extrapolable, al menos por esa razón, a la exégesis de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales *in genere*, por cuanto, no siempre el sujeto activo es el hombre y el pasivo la mujer en el seno de una relación afectiva⁶⁹⁹.

Por ello, aunque la Circular atribuya su postura a tal supuesta imposición del Convenio en ese sentido, el tenor de dicho texto internacional no permite exorbitar la perspectiva de género en el sentido dado por la Fiscalía en su exégesis.

- ii) Igualmente sucede con las referencias a la LOIEMH, en la medida que la “perspectiva de género” no es una medida que promueva la igualdad entre hombres y mujeres, en sentido estricto; sino que se fundamenta precisamente en la diferencia entre unos y otras, a la hora de concebir una necesidad de implementar un tratamiento particular de la mujer como víctima del delito sexual en que se apueste por una flexibilización de la carga probatoria (que, por la

⁶⁹⁷ Que dice “*las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio*”.

⁶⁹⁸ *Cfr.* Art. 1, letra a, del Convenio de Estambul, que dice que tiene por objeto “*Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*”.

⁶⁹⁹ De hecho, tales casos, en el ámbito de la agresión sexual, dan lugar a una modalidad cualificada de agresión sexual, *ex art.* 180.1.4º CP, en la redacción dada al Código Penal tras la LOGILS, mantenida en la reforma de la LO 4/2023.

propia interpretación del consentimiento, lleva a la inversión, a nuestro juicio, de tal *onus*), además de una valoración de los hechos con un sesgo, en este caso, tendencialmente favorable a valorar como estimables las tesis o postulados de la víctima mujer, correspondiendo al acusado el esfuerzo de desvirtuar la tesis acusatoria.

Ahora bien, ya anticipamos nuestro cuestionamiento a la hora de implementar, en el ámbito del Derecho Penal, medidas de discriminación positiva⁷⁰⁰, como se explorará en nuestra postura personal.

Si bien la igualdad entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento español (así como un valor superior de nuestro sistema constitucional, y un derecho fundamental, ex arts. 1.1 y 14 CE, respectivamente), la “perspectiva de género” entendemos que corre el riesgo de preconstituirse en un sesgo valorativo que va más allá del derecho fundamental a la igualdad.

Alcanza la óptica sustantiva y adjetiva criminal y pone en tela de juicio ciertos principios (en concreto, del principio acusatorio, de la carga de la prueba en Derecho Penal y del principio de presunción de inocencia), que consideramos que pudieran colisionar con el ámbito del principio de igualdad.

⁷⁰⁰ Por las explicaciones que se ofrecen en esta parte del estudio doctoral, más adelante, a propósito de las aportaciones de LAURENZO COPELLO.

En esencia, porque no entendemos que contribuya a la observancia de tal postulado cualquier planteamiento que conduzca genéricamente a que un acusado (varón) tenga que realizar un sobre-esfuerzo probatorio y argumental⁷⁰¹ para sostener su inocencia, frente a una acusación de un delito sexual.

Desde tal “perspectiva”, ante la mera alegación de la falta de consentimiento de la presunta víctima de un delito sexual, se impone al investigado un conjunto de cargas, en concreto, las de acreditar: i) que concurrió el consentimiento, ii) que lo recabó antes de iniciar la acción sexual, iii) que dicho consentimiento era libre, iv) que era objetivamente razonable, desde la perspectiva de un observador externo, que dicho consentimiento se prestó de manera clara.

Tales factores, conducen a la creación de un marco de exceptuación de la presunción de inocencia y del derecho de defensa desde la óptica pasiva, como derecho a no cooperar en la instrucción sin obtener de ello un perjuicio valorativo⁷⁰².

El investigado o acusado tiene derecho, no solo a no declarar, sino a manifestar una pasividad en la instrucción, coherente con la actividad que ha de exigirse a la parte acusadora, a quien

⁷⁰¹ Frente a lo que sucedería en el mismo caso, si el sujeto pasivo fuera otro varón, o si nos encontráramos ante otra clase de delitos, en que la víctima fuera una mujer.

⁷⁰² Sobre la vertiente pasiva del derecho de defensa, véase la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, en SSTC nº 36/1983, de 11 de mayo (ECLI:ES:TC:1983:36), FJ 2º; nº 127/1992, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TC:1992:127), FJ 2º; nº 18/2005, de 1 de febrero (ECLI:ES:TC:2005:18), FJ 2º; y la nº 54/2015, de 16 de marzo (ECLI:ES:TC:2015:54), FJ 7º, entre otras.

corresponde construir la tesis acusatoria. Lo contrario es, sencillamente, afectar al contenido esencial del Derecho fundamental, lo que no está justificado por la primacía normativa de la Constitución.

iii) Por último, las recomendaciones de la CEDAW, no son elementos vinculantes para los Estados Miembros (cfr. art. 21 de la propia Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁷⁰³).

3.2.3. Postura personal frente a la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexuales bajo los postulados de la “perspectiva de género”.

El enjuiciamiento con “perspectiva de género” en relación a estos delitos (lo que conlleva también una instrucción penal bajo este mismo prisma), aparece como una cuestión particularmente controversial.

La perspectiva de género impone que no se enjuicie de forma paritaria, en su estricta y última naturaleza, la agresión sufrida por una mujer que, por un hombre, sino desde una disposición inicial o presupuesto de “discriminación positiva” hacia la víctima femenina, coherente con la protección reforzada que se pretende dispensar a las mismas.

⁷⁰³ Incorporado a nuestro ordenamiento por Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, publicado en BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984

No se puede negar, con las cifras en la mano, que la realidad criminológica en España revela que, del conjunto de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, los sujetos activos son casi unánimemente varones y no mujeres⁷⁰⁴. Dicha realidad, sin embargo, no permite escatimar la debida exigencia de un constructo acusatorio solido y debidamente sustentado en los elementos de cargo para enervar la presunción de inocencia.

Coincidimos con RAMÍREZ ORTÍZ (p.198)⁷⁰⁵ en su precisión de que “*el proceso penal no es un instrumento al servicio de la investigación desinteresada de la verdad*”. Poco se puede objetar a tan atinada afirmación. En efecto, la instrucción sirve materialmente a los efectos del ejercicio estatal del *ius puniendi*, lo que, en nuestra opinión, conlleva ínsita la idea de la negación de la investigación prospectiva, es decir, aquella en la que se parte de una ausencia de indicios adecuados para sustentar la indagación.

En efecto, la búsqueda de la verdad no solo no puede ser un ejercicio “*desinteresado*”, sino que no admite ser iniciado sin la presencia de una serie de elementos fácticos mínimos que sustenten y justifiquen la actuación instructora. La búsqueda de la verdad (judicial) es el aspecto relevante, y para ello, las normas procesales y de valoración de la prueba, deben observarse con la mayor puridad y equidad posible.

⁷⁰⁴ A título meramente ilustrativo, según datos del INE de 2021, en España se pronunciaron 609 condenas por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, de las que 595 corresponden a varones y solo 14 a mujeres (y de estas, 11 corresponden a delitos relativos a la prostitución, sin ninguna agresión sexual y 1 solo caso de abuso sexual a mayor de 16 años). Véase en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=28750>, recuperado el 3 de mayo de 2023.

⁷⁰⁵ Op. cit. *supra*.

Por ello, saludamos la crítica del autor citado respecto de las recomendaciones que algunas guías y protocolos de asociaciones⁷⁰⁶ o Consejos de la Judicatura⁷⁰⁷, fuera de nuestro país, o postulados doctrinales sostenidos por ciertos profesionales de la justicia en España⁷⁰⁸ preconizando una alteración sistemática del *onus probandi* cuando aparece la cuestión de la perspectiva de género sobre el tapete, aconsejando la “*flexibilización de la carga probatoria*”, que puede conducir en su aplicación, como advierte este autor, a un “*proceso penal de la sospecha*”.

En lo que a los delitos sexuales concierne, el género de la víctima no puede conllevar una elevación, pero tampoco una rebaja de las exigencias probatorias que deben presidir el proceso en las fases de instrucción y enjuiciamiento. Precisamente, como garantías del acusado a un proceso justo y equitativo, sin que sufra una indefensión esencial o inicial por el postulado de su sexo, que le lleve a “remar contra corriente” en pos de “acreditar su inocencia”, un sesgo inasequible al proceso penal encaminado -desde la perspectiva acusatoria- a enervar la presunción de inocencia y no al revés.

⁷⁰⁶ Como la asociación mexicana de juristas Equis- Justicia para las Mujeres. (2017). *Metodología para el Análisis de las decisiones jurisdiccionales desde la Perspectiva de Género*. <https://equis.org.mx/wp-content/uploads/2019/07/Metodologia.pdf>

⁷⁰⁷ Cita el autor meritado la *Guía para la Administración de Justicia con perspectiva de género*, editada por el Consejo General de la Judicatura de Ecuador de 2018

⁷⁰⁸ Además del referido aserto de Poyatos i Matas, véase también en JIMÉNEZ HIDALGO, A. (2018, noviembre). Juzgar con perspectiva de género en la Jurisdicción de lo Social. ¿Es necesaria una reforma legislativa?. En *La precariedad laboral: desigualdad y discriminación*, Barcelona, España. http://www.ccoo.cat/ceres/documents/informes/Ponencia_Adoracion_Jimenez_Juzgar_con_perspectiva_de_genero.pdf

Como explica NIEVA FENOLL (2016, p. 12)⁷⁰⁹ para destruirse la presunción de inocencia se exige que: *“a) Un alto nivel de contrastación, de manera que explique los datos disponibles y ser capaz de predecir nuevos datos que hayan sido corroborados. b) Deben ser refutadas todas las demás hipótesis plausibles que quepa construir con los mismos datos que sean compatibles con la inocencia.*

Cabe recordar que la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en los textos internacionales de referencia (desde el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU; pasando por el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966; continuando por el art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 1950; hasta el reciente art. 48.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), y por supuesto, en la Constitución Española de 1978 (art. 24.2)

. Por tanto, ninguna guía judicial o criterio interpretativo puede alterar o afectar al contenido esencial de un derecho fundamental. Ni siquiera una norma legal, que debe respetar ese núcleo indisponible, definidor de la esencia jurídica del mismo (art. 53.2 CE).

En consecuencia, la aplicación de la “perspectiva de género” como criterio rector de la investigación penal en ciertos delitos contra las personas resulta altamente cuestionable. No parece un sesgo adecuado a un sistema penal que

⁷⁰⁹ Vid. NIEVA FENOLL, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret*, 1/2016. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1203_es.pdf

pretenda una aplicación equitativa de las normas, ni puede asumirse como una consecuencia necesaria derivada de la “discriminación positiva”.

Tal concepto no debe alcanzar al Derecho Penal, sustantivo ni procesal, en la medida que no existe en el ámbito penal un foco de desigualdad que sea necesario paliar con medidas que puedan comprometer a corto plazo la igualdad. En este sentido, LAURENZO COPELLO (2005, 08:20)⁷¹⁰ advierte que no es el ámbito penal en el que las medidas positivas de discriminación tienen que presentarse, sino en aquellos sectores normativos llamados a paliar o satisfacer las necesidades derivadas de la escasez de recursos.

Precisamente, este es un argumento más contra la aplicación de la perspectiva de género en la cognición penal de los delitos sexuales, puesto que la igualdad de armas procesales, como manifestación del derecho a no sufrir indefensión (art. 24 CE9, debe llevar a rechazar cualquier postulado que preconice, como máxima, una interpretación tendencialmente favorable hacia los testimonios de la víctima cuando sea mujer, o hacia una relajación de ciertos estándares procesales, que suponen garantías para el investigado. Éste no puede verse abocado a un proceso en que haya de justificar su inocencia, su no participación en un delito, o el propio consentimiento de la víctima.

⁷¹⁰ V. LAURENZO COPELLO, P. (2005). La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 95. En este mismo sentido, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (2006). Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho Penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer. En AA.VV, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*. Colex, pp. 11-62.

Como ya tuvo ocasión de advertir BOLDOVA PASAMAR (2020, p. 209)⁷¹¹, a propósito de tal perspectiva en el ámbito de los delitos de violencia de género, se contempla una expansión irrefrenable en el Derecho Penal actual entorno a tal concepto, que cada vez camina de una manera más nítida hacia la coexistencia de dos regímenes diferenciados: un Derecho Penal sexual para hombres y otro para mujeres, con un sistema de garantías y presupuestos procesales diversos, en función de tal condición sexual.

De forma conclusiva a este apartado, debemos hacer una referencia a una iniciativa normativa a nivel europeo dada a conocer al tiempo del depósito de esta Tesis, denominada “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”⁷¹². Dicho proyecto de carácter armonizador –carente de efecto directo, *ex art.* 288 TFUE, pero sí dirigido a la orientación a los Estados Miembros hacia determinados resultados normativos– se define por vertebrar su intervención en atención a la protección de la mujer, como potencial sujeto pasivo de ciertos delitos de forma desproporcionada, entre los que se encuentra la violencia sexual.

De todas las propuestas que contiene, nos centraremos exclusivamente en este caso en la disposición del art. 5, a los efectos del consentimiento sexual en el marco del delito de violación.

⁷¹¹ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2020). El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión. *InDret*, 3, 174-213. https://zaguan.unizar.es/record/96173/files/texto_completo.pdf.

⁷¹² V. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. (2022). En *EUR-Lex*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52022PC0105>

Para ello, no obstante, debemos partir de una serie de postulados contenidos en los considerados de la norma proyectada, en concreto, en los números 13 y 14 de dicha relación.

El número 13 viene a determinar una definición de violación adecuada a la actual regulación del Código Penal, tras la reforma operada por la LOGILS en España, por cuanto fija que *“la violación es uno de los delitos más graves que atentan contra la integridad sexual de una persona y es un delito que afecta de manera desproporcionada a las mujeres. Implica un desequilibrio de poder entre el autor y la víctima que permite a aquel explotar sexualmente a la víctima con fines como la gratificación personal, la afirmación de dominio o la obtención de reconocimiento social, de una promoción o incluso de un beneficio económico. En muchos Estados miembros se sigue exigiendo el uso de la fuerza, de amenazas o de coacción para considerar que existe un delito de violación. Otros Estados miembros utilizan como único criterio que la víctima no haya dado su consentimiento al acto sexual. Solo este segundo planteamiento logra la plena protección de la integridad sexual de las víctimas. Por lo tanto, es necesario garantizar una protección igual en toda la Unión estableciendo los elementos constitutivos del delito de violación de la mujer”*.

Por tanto, la diferenciación preexistente entre abuso, agresión sexual y violación, se rechaza expresamente en este proyecto, en la medida que la ausencia de consentimiento es el presupuesto para la existencia de una violación, y no así el uso de la fuerza, de las amenazas o coacción.

A mayor abundamiento, el considerando número 14 concreta, en lo que a la conducta típica se refiere, que *“la violación debe incluir explícitamente todos los tipos de penetración sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto. La falta de consentimiento debe ser un elemento esencial y constitutivo de la definición de la violación, ya que a menudo su perpetración no conlleva violencia física ni uso de la fuerza. El consentimiento inicial debe poder retirarse en cualquier momento durante el acto, de acuerdo con la autonomía sexual de la víctima, y no debe implicar automáticamente el consentimiento para actos futuros. La penetración sexual no consentida debe constituir violación incluso cuando se cometa contra el cónyuge o la pareja”*.

El aspecto de la consideración como violación de la penetración, no solo vaginal, sino anal o bucal (que son las otras vías de acceso corporal o carnal), está superado en nuestro ordenamiento desde hace más de 20 años. Ahora bien, la cuestión sustancial, nuevamente, es el requisito del uso de la violencia o intimidación para incardinar la conducta en el tipo de violación. Dicha cuestión también ha quedado resuelta en el vigente Código Penal, a partir de la LOGILS.

Tras las anteriores consideraciones, lo que resulta particularmente relevante es la propuesta regulatoria que, con base en lo anteriormente expuesto, se somete a la consideración de los órganos co-legislativos de la Unión Europea. El artículo 5 señala:

“1. Los Estados miembros se asegurarán de que se castiguen como infracción penal las siguientes conductas intencionadas:

a) realizar con una mujer cualquier acto no consentido de penetración por vía vaginal, anal u oral de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto.

b) hacer que una mujer realice con otra persona cualquier acto no consentido de penetración por vía vaginal, anal u oral de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto.

2. Los Estados miembros se asegurarán de que se entienda por acto no consentido todo acto ejecutado sin el consentimiento voluntario de la mujer o en el que la mujer no pueda formar libremente su voluntad debido a su estado físico o mental, por ejemplo un estado de inconsciencia, intoxicación, sueño, enfermedad, lesiones corporales o discapacidad, explotando así su incapacidad para formar libremente su voluntad.

3. El consentimiento puede retirarse en cualquier momento durante el acto. La ausencia de consentimiento no puede ser refutada invocando exclusivamente el silencio, la falta de resistencia verbal o física o la conducta sexual pasada de la mujer”.

El aspecto más destacable de la regulación, con gran diferencia, es el establecimiento de la mujer como único sujeto pasivo. En efecto, podemos interpretar que, atendiendo a la perspectiva de este proyecto, como una propuesta de Directiva en materia de violencia de género, todas las definiciones y propuestas se hayan efectuado en clave identitaria, por semejante razón, y que no se pretende excluir que los Estados Miembros protejan, en las mismas condiciones, a los sujetos pasivos varones, frente a los atentados contra su libertad sexual con penetración.

3.3 El Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de 26 julio de 2021, como precursor inmediato de la LOGILS.

El Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la Libertad Sexual⁷¹³, fruto de la evolución del Anteproyecto –en sus diversas versiones, ya que ha sido un texto perfilado ya en tal fase en varias ocasiones– es el antecedente inmediato de la vigente LOGILS.

Pese a que en este trabajo ya se efectúa algunas consideraciones sobre la norma finalmente aprobada, entendemos que puede resultar de interés mantener en el estudio las consideraciones que durante el periodo de investigación en que este trabajo doctoral se ha desarrollado, en la medida que metodológicamente, han sido considerados como elemento de valoración para alcanzar las conclusiones de este estudio.

1º) Respecto a la Exposición de Motivos de la norma, vamos a destacar algunos de los elementos sobre los que el actual Gobierno, como órgano proponente del Proyecto de Ley, plantea la necesidad y oportunidad de esta reforma:

1.1. Se manifiesta que *“las violencias sexuales constituyen quizá una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y niñas, pero también a los niños” (...)* “las

⁷¹³ Publicado en el BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A, de 26 de julio de 2021, Núm. 62-1.

violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada”.

Más allá de que no se establecen datos que justifiquen esta premisa, sí cabe extraer de la misma, a nuestro juicio, una identificación de las víctimas potenciales de los delitos, que excluyen esencialmente a los hombres como sujetos pasivos del delito (solo, de manera lateral, se menciona a los varones de edad infantil, es decir, a los niños, a los que se les diferencia de las niñas, en cuanto a que a éstas sí se les considera víctimas a las que afecta, de forma “específica y desproporcionada” la violencia sexual, frente a los niños). Es decir, estamos ante una norma con un enfoque de reforzamiento de la protección de la libertad sexual, no de todos los ciudadanos, sino de las mujeres y niñas, y en su caso, de los niños.

En este sentido, lo que a la violencia sexual contra los menores se refiere, se minimiza –entendemos que de manera no literal, pero sí semánticamente es deducible sin forzamiento alguno– la potencialidad lesiva de la mujer como sujeto activo de estos delitos contra menores.

Existe literatura científica acreditada que apunta una subestimación de tal fenómeno, que siendo inferior cuantitativamente al de los agresores

masculinos –ello es difícilmente discutible, con datos en mano–, no es ni excepcional ni algo anecdótico⁷¹⁴.

1.2. Siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS (2019, p. 5-6)⁷¹⁵, nos permitimos hacer una semblanza de sus palabras, reproduciendo una reflexión:

“Sin embargo, en cuanto la Proposición se ocupa de la sexualidad involuntaria, de las violencias sexuales, lo que hace desde el primer momento, esa libertad sexual deja de tener referencias individuales y se pasa a entender en clave colectiva, inserta en un contexto identitario. Ya no se trata de la autorrealización personal, sino de un enfrentamiento entre dos grupos antagónicos, hombres y mujeres, estructuralmente enfrentados debido a la sociedad patriarcal vigente, en la que el primero ejerce su dominación sobre el segundo. La conclusión es que no habrá libertad sexual mientras no se adopte un enfoque feminista y una perspectiva de género. La necesidad que siente la Proposición de introducir numerosas definiciones sobre lo que puede considerarse el acervo feminista avala esta actitud.

Podría pensarse que esta visión identitaria está justificada en la medida en que la Proposición tiene una vocación transformadora social, y que las medidas que propone superan ampliamente el estrecho ámbito del Derecho Penal,

⁷¹⁴ GERKE, J., LIPKE, K., FEGERT, J. M. y RASSENHOFER, M. (2021, 1 Julio). Mothers as perpetrators and bystanders of child sexual abuse. *Child and Abuse Neglect: The International Journal*, 117. Recuperado de <https://linkinghub.elsevier.com>; DENOV, M. S.(2003, enero). To a safer place? Victims of sexual abuse by females and their disclosures to professionals. *Child Abuse and Neglect: The International Journal*, 27(1). Recuperado de <https://www.sciencedirect.com>; ROWAN, E. L., ROWAN, J. B. y LANGELIER, P. (1990). Women who molest children. *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 18(1), 79-83, entre un número importante de estudios en este sentido, la mayoría de ellos, desde la óptica psicológica y psiquiátrica.

⁷¹⁵ Op. cit. n. 8.

incidiendo sobre ámbitos sociales muy diversos. La pretendida modificación de actitudes, estereotipos y relaciones sociales exigiría una aproximación holística, sociológica, al problema de la violencia sexual. Sin negar la conveniencia de lo acabado de decir, lo cierto es que ese acercamiento totalizador tiene un definido sesgo ideológico y que, además, se aplica sin miramientos también al Derecho Penal sexual”.

Compartimos plenamente esta valoración, que ya efectúa el citado autor, respecto del Anteproyecto –en una de sus versiones casi embrionarias–, pero donde se anticipó ya a advertir sobre aquello que, ahora, se presenta de una manera nítida en el Proyecto de Ley Orgánica.

En efecto, es una norma pretendidamente ideologizada, que toma como base fundamental para el abordaje de la reforma legislativa propuesta del Código Penal en materia sexual, la incorporación del enfoque de género a estos delitos, a la manera de que, y esto es lo relevante –y grave– se propugna un Derecho Penal sexual necesariamente imbuido en la perspectiva feminista, y dentro de la misma, apuntamos nosotros, no de cualquier clase de feminismo, sino de una corriente marcada de feminismo “*antisexo*”.

En este sentido, no podemos dejar de correlacionar las ideas que hoy se están tratando de implementar en el ámbito del Derecho Penal y los delitos sexuales con conceptos que no son nuevos, pero que sí están en

especial boga. Especialmente relevante, la autora VANCE (1989)⁷¹⁶, afirma la lucha entre dos concepciones desde la óptica de la mujer en su relación a la esfera sexual: la tradicional, extendida esencialmente desde el siglo XIX, que liga al sexo con una actividad “peligrosa”, instrumento de dominación del hombre y que subyuga a la mujer a ser un “sujeto pasivo” (en un sentido fisiológico incluso, pero llegado el caso, también jurídico-penal, en cuanto la relación se escapase de los ámbitos de la moralidad –del débito conyugal– y del seno de la reproducción); frente a corrientes más modernas, que defienden una relación de la mujer con el sexo donde el riesgo no sea un elemento

⁷¹⁶ De hecho, resulta especialmente relevante la reflexión que la citada antropóloga efectúa en su libro VANCE, C. S. (1984). *Pleasure and Danger*. (Scholar and the Feminist Conferences 1982-New York, Ed.). Abingdon, Reino Unido: Routledge, p. 24, cuando señala “los intentos femeninos de reclamar placer son especialmente peligrosos, atacados no solo por los hombres, sino también por las mujeres. Pero esperar hasta que se establezca una zona de seguridad para comenzar a explorar y organizarse por placer es cederlo como si fuera arena, y admitir que somos más débiles y más asustadas que lo que nuestros enemigos jamás hubieran imaginado. Los movimientos sociales, incluido el feminismo, avanzan hacia una visión; no pueden operar únicamente sobre el miedo. No es suficiente movilizar a las mujeres, alejadas del peligro y la opresión; es necesario para moverse hacia algo: hacia el placer, la acción, la autodefinición. El feminismo debe aumentar el placer y la alegría de las mujeres, no solo disminuir nuestra miseria”. La meritada autora, en este fragmento, efectúa una severa crítica al llamado “feminismo anti-sexo”. Partiendo de la oposición a la hegemonía masculina o heteropatriarcal, como hacia la corriente del feminismo que aboga por una revivificación de un neo-puritanismo sexual, basado en la creación de un terror en el colectivo femenino respecto a la posibilidad de ser víctimas de un delito sexual, desnaturalizando las exigencias del consentimiento hasta una verdadera artificialización de la relación e incluso, llegando al extremo de justificar la prohibición de manifestaciones como la pornografía, al ser un precursor de la violación femenina. En este sentido, caminan figuras relevantes del movimiento feminista “anti-sexo”, con exponentes máximo como MACKINNON, C. A. (1993). *Only Words*. Harvard University Press, p. 29 y ss., cuando llega a afirmar “tarde o temprano, de una forma u otra, los consumidores quieren vivir la pornografía más en tres dimensiones. Tarde o temprano, de una forma o de otra otros, lo hacen”, efectuando una correlación entre pornografía y peligrosidad criminal en los delitos sexuales, bajo el pretexto de que las mujeres que intervienen en la misma son víctimas, tanto en la falta de libertad de su elaboración, como en que se convierten, mediante esta clase de estímulos, en sujetos pasivos idóneos, sobre los que descargar la excitación masculina. De hecho, DWORKIN Y MACKINNON fueron, durante la administración de Reagan, impulsoras de legislación prohibicionista de la pornografía, desde su concepción de un feminismo proteccionista con la mujer, hasta el límite de censurar su voluntad de participar en la elaboración de esa clase de material, a la par que obviar a las mismas como potenciales consumidoras de dichos contenidos. En este sentido, TATAFIORE, R. (1993). *Fare vuoto di norma intorno alla prostituzione. Democrazia e Diritto. Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, 2, pp. 243-252, habla de una “nueva moral moderna” para referirse a la idea de que el placer masculino está ligado directamente a la victimización, el daño y la explotación. En este sentido, sobre la evolución de estos conceptos, resulta esclarecedor el estudio de

central de su configuración, sino la búsqueda autónoma o interactiva de satisfacción y desarrollo de esa esfera de la existencia.

Aun cuando pudiera pensarse que se trata de una diatriba histórica, superada y ya resuelta, a nuestro parecer sigue siendo un elemento que afecta y condiciona el discurso sobre la regulación de los delitos sexuales, en la medida que su concepción en clave identitaria y con la perspectiva de género, conduce a la conjugación de los planteamientos teóricos antes expuestos: de las batallas entre un feminismo liberal, moderno; frente a un feminismo identitario y prohibicionista, que parece estar ganando la contienda, no tanto en el plano ideológico, sino en los modelos que permiten explicar las orientaciones de *lege ferenda* de nuestros legisladores, no solo español, sino en otros países del entorno europeo y anglosajón, especialmente, que no considera abstractamente a la mujer en situación de igualdad de poder en la esfera sexual frente al hombre.

Ello les conduce a entender que su relación con el sexo opuesto es de potencial “peligro”, y que, para evitar tal cuestión, se tiene que normativizar o exigir una serie de formalidades previas a la interacción sexual, para “garantizar” en lo posible su protección.

Así se aboga por restringir la libertad sexual femenina en el ámbito positivo a aquello que ha sido solo concertado, previsto, deseado⁷¹⁷; lo

⁷¹⁷ En este sentido, resultan muy interesante las reflexiones de ANGEL, K. (2021). *El buen sexo mañana: Mujer y deseo en la era del consentimiento*. Alpha Decay, p. 55-58, cuando analiza, desde su condición como psiquiatra y feminista militante, una cuestión importante en la materia del consentimiento, y es, precisamente, la

que excluye lo improvisado o desconocido *ex ante*, cumplidas siempre además unas exigencias de forma que permitan la inversión de la carga de la prueba del consentimiento, no bastando un asentimiento ni una aquiescencia tácita.

2º) Efectuadas las anteriores consideraciones, procedemos a profundizar en lo que a nuestro objeto de estudio interesa, en una valoración sucinta de las novedades más importantes, a nuestro juicio, que se proponen en materia de los delitos sexuales en este Proyecto de Ley Orgánica; para posteriormente, entrar a valorar específicamente las modificaciones que traen relación directa con el objeto de estudio de esta Tesis, sustentada en el análisis de la cláusula del actual 183 bis CP.

A) La medida “más relevante” (así lo entiende la propia Exposición de Motivos) es la eliminación de la distinción entre los conceptos de agresión y abuso sexual, entendiéndose que se produce agresión sexual siempre que se realice una conducta sexual “sin el consentimiento de otra persona”. Ello, se justifica por la norma (vid. Exposición de Motivos), bajo el pretexto de darse con ello cumplimiento a una obligación asumida por virtud del Convenio de Estambul, ratificado en 2014.

ignorancia de la propia mujer (aspecto que también es predicable del hombre, añadimos nosotros), en ocasiones, del autoconocimiento sexual preciso para poder determinar con exactitud qué es lo que se desea, y por ende, la relevancia de tal cuestión sobre la formación del consentimiento. Dice literalmente (p. 55), “Demasiadas veces, la retórica del consentimiento implica que el deseo está ahí, a la espera, perfectamente formado en nuestro interior, listo para que lo saquemos. Pero nuestros deseos surgen de la interacción, no siempre sabemos lo que queremos, a veces descubrimos cosas que no sabíamos que queríamos; a veces descubrimos lo que queremos solo cuando lo hacemos. Hay que incorporar esto –que no siempre sabemos y no siempre podemos decir lo que queremos– a la ética del sexo, no apartarlo como algo molesto”. De hecho, afirma (p. 57), que “una ética del sexo digna de ese nombre tiene que admitir la vaguedad, la opacidad y el desconocimiento. Tenemos que partir de esta premisa, esta peligrosa y compleja premisa: no tendríamos por qué conocernos a nosotras mismas para estar a salvo de la violencia”.

Respecto a esta afirmación, debemos oponer una realidad creemos que difícilmente cuestionable: el artículo 36 del Convenio de Estambul del Consejo de Europa⁷¹⁸, estaba perfectamente satisfecho con las disposiciones del Código Penal de 1995, en su redacción vigente en 2021, pese a que se trate de distorsionar su contenido obligatorio a un marco que no se sostiene de una exégesis adecuada del mismo. Por tanto, justificar la modificación del texto nacional en el cumplimiento a obligaciones contraídas en el ámbito del Consejo de Europa, resulta un pretexto o presentación que no es ajustado al contenido del propio texto internacional aducido y de los estándares que el mismo impone. Dicho de otra forma, no era necesario adaptar el Código Penal de 2021 para poder declarar una adecuada observancia de la norma internacional.

Ahora bien, es un argumento que se ha repetido hasta la saciedad, tanto para justificar la iniciativa inicialmente, como incluso para paliar algunas de las críticas que se suscitaron, desde la tramitación del Anteproyecto, antes las reformas que se plantearon.

⁷¹⁸ Que reza literalmente: “Artículo 36 – Violencia sexual, incluida la violación”.

1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

a. la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b. los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c. el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

2 El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

3 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.

No podemos desconocer que, en efecto, como recuerda el Informe del Consejo General del Poder Judicial (2021, pp. 76 y ss.)⁷¹⁹ sobre el Anteproyecto de la norma que estamos analizando, se recuerda que el “umbral de penalización ha de situarse en la falta de consentimiento, sin que pueda exigirse un estándar superior como la resistencia activa de la víctima”, citándose para ello la STEDH M.C. contra Bulgaria, de 4 de diciembre de 2003. Dicho punto de partida, no justifica que no distingan en los casos en que se emplee violencia, intimidación, abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, frente a los que no concurren tales circunstancias, a la hora de tipificar la conducta⁷²⁰.

En este sentido, siguiendo la propia argumentación del Informe señalado, aparece la más que razonable crítica a la equiparación de tales conductas en el plano de la respuesta penal ante las mismas. Ya GRECO (2011, p. 77) ⁷²¹ destaca dos aspectos importantes del principio de proporcionalidad penal, tanto la “prohibición del exceso” (*übermaßverbot*) como de la “protección deficiente” (*untermaßverbot*), que el Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) ha reconocido en su doctrina como elemento aplicable a todas las ramas del

⁷¹⁹ Vid. Consejo General del Poder Judicial- España. (2021, febrero). Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Recuperado de <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20210225%20Informe%20anteproyecto%20L.O.%20de%20Garant%C3%ADa%20Integral%20de%20la%20Libertad%20Sexual.pdf>

⁷²⁰ En este sentido, la doctrina penal española mayoritariamente se ha opuesto a la confusión de las figuras de abuso y agresión sexual, desde las voces más categóricas en su posición crítica, v. GIMBERNAT ORDEIG, E. (2020, 25 abril). Solo sí es sí. El Mundo. https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551ypopup=; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2022, 9 marzo). Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve. Almacén de Derecho. <https://almacendederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>; otras posturas menos incisivas, que se muestran a favor esta opción del legislador en un plano comunicativo, pero no así jurídico-penal, como JERICÓ OJER, L. (2020). Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, Por Juezas y Jueces Para La Democracia*, 11, 15-25.

⁷²¹ Greco, R. (2011). *Curso de direito penal* (13ª ed.). Impetus.

Derecho⁷²², y que tiene en nuestro caso, especial significación en el ámbito penal, como el propio Informe señalado viene a ilustrar, en el caso de la equiparación entre abuso y agresión sexual.

Por una parte, se corre el riesgo cierto de una infravaloración, en cuanto *“resulta irrelevante para la norma el que la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual sin el consentimiento de la persona se consiga mediante el empleo de la violencia o la intimidación o aprovechando la sorpresa o desentendiéndose de cerciorarse si el sujeto pasivo consiente positivamente o no”*⁷²³; pero, a la par, el mismo texto reconoce una prohibición de exceso (*übermaßverbot*), en tanto que conductas con un “menor grado de lesividad” pueden verse castigadas “con gran severidad”.

Precisamente, esta relación doblemente insatisfactoria con el principio de proporcionalidad –de exceso/defecto, como haz y anverso de la misma moneda– se trata de paliar por el legislador mediante la creación del art. 178.3 CP, como una figura privilegiada, en atención “a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.

Compartimos las mismas dudas que se plantean en el Informe antes meritado, referidas esencialmente a la primera parte de la locución, puesto que por “menor entidad del hecho”, cabe plantearse si se refiere al medio comisivo, a la esfera subjetiva del tipo o a la naturaleza de la conducta sexual en sí desarrollada.

⁷²² En este sentido, de referencia es la obra de Langheineken, U. (1972). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Universidad de Friburgo.

⁷²³ Op. cit. n. 225, p. 135

Tal falta de taxatividad es predicable igualmente de la referencia a las “circunstancias personales del culpable”, en la medida que tampoco se puede valorar con certeza – como sucede en todos los tipos en los que el legislador español opta por esta misma fórmula–, de manera taxativa, a qué clase de circunstancias se refiere y en qué medida las mismas justifican un tratamiento penológico más favorable –aplicación de la pena en su mitad inferior–.

En la doctrina española⁷²⁴ son relevantes las voces que se han pronunciado contra la equiparación de las figuras de abuso y agresión sexual, por motivos diversos, pero comúnmente conducibles a una discrepancia en cuanto a la disparidad, desde el punto de vista del desvalor de la acción, entre unas acciones presididas –anteriormente– por un elemento de violencia o intimidación, frente a las realizadas sin consentimiento, pero sin el empleo de tales medios.

En sentido contrario, existen otras voces muy favorables a tal formulación elegida por la LOGILS, esencialmente por considerar injustificada la distinción entre las figuras de abuso y agresión por razón de la violencia o intimidación⁷²⁵.

⁷²⁴ Por todos, CARUSO FONTÁN, M.V. (2018). Reflexiones entorno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la Manada. En P. FARALDO CABANA y M. ACALE SÁNCHEZ (Coords.), *La Manada - un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 217 y ss.; Díez RIPOLLÉS, J. L. (2019). Alegato contra un Derecho Penal sexual identitario. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>, pp. 8 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E. (2020). Solo sí es sí. *El Mundo*; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2022). Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve. *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmienda-nueve>; CUERDA ARNAU, M.L. (2018). Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado. En P. FARALDO CABANA y M. ACALE SÁNCHEZ (Coords.), *La Manada - un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 109 y ss.; Díez RIPOLLÉS, J. L. (2019). Alegato contra un Derecho Penal sexual identitario. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>, pp. 8 y ss.;

⁷²⁵ V. ACALE SÁNCHEZ, M. (2022). Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa. En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS y P. ESQUINAS VALVERDE (Dirs.); M. A. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 39-88). Aranzadi. Muy recientemente, TORRES FERNÁNDEZ, M. E. (2023). Notas sobre los delitos contra la

Algunos autores, en una posición intermedia, han entendido que se puede conjugar de manera coherente la caracterización unitaria de la infracción penal con un tratamiento punitivo diferenciado en atención a la modalidad comisiva, es decir, a la concurrencia de violencia o no⁷²⁶.

B) Un aspecto en que se justifica también, por la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica, en esta novación del sistema, es la evitación de una “revictimización o victimización secundaria”. Siendo una finalidad loable y sobre la que no existe polémica real, no puede ambicionarse a través del desplazamiento de la carga de la prueba al investigado, para lograr tal conjurar tal revictimización.

En este sentido, como ya hemos tenido ocasión de analizar en otros momentos del estudio, el principio de presunción de inocencia es incompatible con cualquier modelo que obligue al investigado a tener que acreditar la obtención del consentimiento de la víctima⁷²⁷. En ningún caso se evita a la víctima, con la reforma propuesta en el marco de los delitos sexuales, tener que declarar en fase instructora y ser explorada si procede pericialmente – médicamente, por el facultativo correspondiente o por el médico forense, además

libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual. En J. R. AGUSTINA (Ed.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»* (pp. 21-36). Atelier, pp. 33-34.

⁷²⁶ V. JERICÓ OJER, L. (2020). Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, por Juezas y Jueces para la Democracia*, 11, 15-25; COMAS D'ARGEMIR, M. (2022). Necesidad de una ley penal integral para combatir las violencias sexuales. *Boletín Comisión Penal. Monográfico Garantía integral de la libertad sexual*, I (12). p.12.

⁷²⁷ Cfr. lo expuesto en las pp. 287-289 de esta Tesis.

de por el equipo de psicología forense del Instituto de Medicina Legal o de los profesionales adscritos al Juzgado o entidad que la Comunidad Autónoma tenga encomendada tal función, en aquellos casos en que parte de estos servicios están externalizados al sistema público—.

A la par, salvo que se efectúe la grabación de la declaración y se permita la contradicción, no puede preconstituirse como prueba testifical, y por tanto, en la fase de enjuiciamiento, se verá obligada a nueva declaración⁷²⁸.

⁷²⁸ En este sentido, si debemos hacer la precisión de las diferencias procesales entre las declaraciones de víctimas adultas y menores de edad mayores de 14 años, frente a menores de edad o discapacitados necesitados de especial protección (en los términos que se plantean en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima), y en relación también con las modificaciones recentísimas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, virtud de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Respecto de las víctimas mayores de edad y menores mayores de 14 años, por aplicación de las normas generales el nuevo art. 449 bis LECrim autoriza la posibilidad, cuando esté legalmente permitido, de que pueda preconstituirse la prueba testifical, y en consecuencia, reproducir la misma ex art. 703 bis y 730 LECrim., a instancia de parte, en el acto de juicio oral, sin que sea necesaria la presencia de dicho testigo en el acto de juicio.

En el caso de los menores de 14 años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, ya no estamos ante una cuestión facultativa del Tribunal, sino que la norma impone, ex art. 449 ter LECrim, un régimen particularmente garantista con la evitación en la víctima de la llamada “victimización secundaria”, cuando preceptúa: *“Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios.*

La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve”. En este caso, el art. 703 bis párrafo 2º LECrim establece como la regla general es que se proceda, en la vista, a la mera reproducción de la exploración realizada, y “solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada”.

En la actualidad, la intervención de la víctima en el acto de juicio oral solo es evitada en los casos de que las mismas sean menores de edad y se haya preconstituido debidamente la prueba.

Lo anterior, por supuesto, va mucho más allá de una mera exploración grabada, sino que ha de cumplir las garantías que se enuncian en el precepto expuesto en la página anterior –que viene a recoger algo que, de hecho, ya se estaba desarrollando con éxito, pero disparmente, en ciertos lugares de nuestra geografía, según los medios disponibles–, siendo particularmente relevante – para satisfacer el derecho de defensa, incardinado en el art. 24 CE y en el art. 6 CEDH– que se asegure la posibilidad de intervenir la prueba, aun de una forma tamizada doblemente, por el filtro de la valoración del Juez de la pertinencia de las preguntas o aclaraciones que se remitan al experto para que las plantee a la presunta víctima, y por la formulación que dicho profesional efectúe, para plantearse de la mejor forma, al menor o discapacitado necesitado de especial protección.

En otro orden, debemos recordar cómo la Ley Orgánica de 1999, modificando el Código Penal de 1995, destierra el concepto de “violación” (es decir, de la agresión sexual con penetración)⁷²⁹. Sin embargo, no podemos dejar

⁷²⁹ Lo que tuvo buena acogida, en su momento, desde un plano victimológico, en cuanto que la violación traía consigo en concepto de “*mujer violada*”, para autores como GOENAGA OLAIZOLA, R. (1997, octubre). Delitos contra la libertad sexual. Eguzkilore, 10, p. 97, que conducía a una suerte de estigmatización terminológica. Así, de hecho, se defendió en los debates parlamentarios del Código Penal de 1995, por el partido gobernante y promotor del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, en concreto, en Grupo Parlamentario Socialista, por JOVER PRESA (1995), Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 159, pp.8437-8439, cuando se argumenta, citamos: “¿Qué pretende usted, que castigemos con más gravedad lo que usted llama violación que el homicidio agravado, el antiguo asesinato? ¿Vale más lo que usted llama honestidad que la vida? (...) El término violación en nuestro Derecho Penal positivo tiene unas connotaciones muy claras y responde a una concepción de todos conocida. Históricamente, siempre y hoy todavía podríamos recordar sentencias que así lo hacen, violación ha sido entendida como penetración vaginal; solamente eso. Eso es lo que desde hace cien años o más en nuestro

de advertir cómo la influencia del caso de “La Manada” y la estandarización del eslogan crítico a la Sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Navarra (especialmente, tras el conocimiento de su polémico voto particular), en la forma “*no es abuso, es violación*”, ha calado y se ha establecido como máxima que ha permeabilizado del ámbito comunicativo hasta las propias estructuras de nuestra regulación jurídico-penal, en la forma de la abolición del concepto de “abuso” sexual en pos de la agresión sexual, para conducir, en esa pendiente resbaladiza, a que toda penetración sin consentimiento –aun cuando no medie violencia o intimidación– pasa, directamente, a ser calificada como violación, en la regulación del art. 179 del Código Penal.

C) Otra novedad reseñable es la introducción de una circunstancia agravante específica, en los tipos de agresión sexual, por razón de género (conforme a la previsión del art. 180.1. 4ª del Código Penal), de conformidad con el art. 46 del Convenio de Estambul de 2011.

Ciertamente, aun cuando en nuestro ordenamiento existe una previsión de cualificación genérica (art. 22.4 CP), donde existe el motivo de género como una causa de agravación cuando el delito se haya cometido por tales móviles, lo cierto es que la elevación de los límites máximos de la penas previstas para el art.

Derecho Penal positivo ha sido la violación –la penetración vaginal, generalmente con intimidación–, de tal manera que no podía violarse a un varón –¡ estaba claro que no, porque a un varón no se le puede penetrar vaginalmente, porque, por mucho que se quiera, la naturaleza nos lo impide– ni tampoco se llegaba a adoptar como violación determinadas formas de relación sexual que no tenían violencia ni intimidación. ¿Por qué? ¿Por qué se hacía esto? Sencillamente, señor Presidente, porque lo que se pretendía no era proteger la libertad sexual en general, la libertad sexual de todos. Lo que se pretendía era proteger y defender un determinado concepto de la sexualidad conectado con la función reproductora de la mujer”.

180 CP (hasta ocho años, para agresiones sin penetración; y hasta quince años, en caso de que sea violación) lleva a una reprensión mayor a través de la agravante específica que mediante la fórmula de la combinación del tipo básico con la circunstancia genérica del art. 22.4 CP.

D) Una novedad con claro trasfondo retrospectivo es la recuperación, mediante una figura autónoma (un nuevo art. 187 bis CP), de la sanción de la “tercería locativa”, castigada junto con el rufianismo por el Código Penal de 1973 (arts. 452 bis e) y 452 bis c), respectivamente).

Dicha novedad, no obstante, no llegó a consolidarse en la versión final del Proyecto aprobada por la Ley Orgánica 10/2022 (LOGILS), pero sí debemos efectuar una serie de consideraciones, por su pervivencia en una iniciativa que, autónomamente, el Grupo Parlamentario Socialista presentó, en la que se pretende instaurar un modelo prohibicionista entorno a la prostitución⁷³⁰.

La figura, históricamente, se establece en un marco prohibicionista, donde tanto quienes ejercían habitualmente la prostitución, como quienes eran rufianes y proxenetas, tenían la consideración de peligrosos sociales (Artículo segundo, letra B, segundo y cuarto), a quienes se les podía aplicar medidas pre-delictuales; sin perjuicio de la reprensión penal de tales conductas, cuando se verificaban en hechos delictivos concretos.

⁷³⁰ V. GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA. (2022). Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para prohibir el proxenetismo en todas sus formas. En *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Serie B, 250-1). https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-250-1.PDF

Cabe recordar cómo la tercería locativa consistía en una figura de castigo del aprovechamiento económico del destino de un local o establecimiento para que se destine a la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento. Frente a ello, el proxenetismo o rufianismo es la conducta de aprovechamiento económico del beneficio pecuniario obtenido por otra persona, que ejerce la prostitución, incluso cuando la misma consiente o facilita al proxeneta voluntariamente dicho lucro.

Como señala ALONSO ÁLAMO (2007, p. 11)⁷³¹, en el Código Penal de 1995 se abandona el modelo abolicionista inicialmente en su configuración, al desaparecer, entre otras figuras, tanto el rufianismo como la tercería locativa, fruto de una loable lucha por la separación entre Derecho y Moral, donde la misma autora destaca la contribución decisiva en la doctrina de los postulados de Díez RIPOLLÉS, que marcaron una tendencia clara para dicho objetivo.

No obstante, como muy acertadamente advierte DAUNÍS RODRÍGUEZ (2015, p.109)⁷³², se produce en 2003 un movimiento de reinstauración del modelo abolicionista, como un giro de la política criminal, al incorporarse tal extremo en el acervo punitivo, unido a la incipiente valoración de la cuestión desde la perspectiva de género –por estar aun menos extendida que en la actualidad, pero no por menor intensidad en sus planteamientos–, que lleva, como señala el autor,

⁷³¹ Así se destaca en ALONSO ÁLAMO, M. (2007). ¿Protección penal de la dignidad?. A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. *Revista Penal*, 19, 3–20.

⁷³² En DAUNÍS RODRÍGUEZ, A. (2015). La nueva criminalización del proxenetismo. *Revista Penal*, 36, 105–121.

a posiciones favorables del abolicionismo entre ciertas corrientes del feminismo más “radical”⁷³³, que han encontrado diverso tratamiento en la doctrina penal.

VILLACAMPA ESTIARTE (2012, pp. 88-91)⁷³⁴ vino a patentizar cómo las posturas abolicionistas han coligado a sectores del conservadurismo más recalcitrante –que apuestan por una moral sexual en la que el sexo extraconyugal debe ser reprimido– con las posturas, dentro del feminismo radical – también llamado *antisexo*–, que consideran que la dignidad colectiva de la mujer es el bien jurídico que es preciso preservar, efectuando una dudosa ecuación entre prostitución y explotación sexual.

Postula LLOBET ANGLÍ (2017)⁷³⁵, en su crítica al modelo prohibicionista, que suscribimos plenamente, que no existe una base empírica contrastada que evidencie un mayoritario ejercicio de la prostitución bajo coacción o coerción, siendo que los estudios más conspicuos que apoyan las tesis abolicionistas están plagados de errores metodológicos elementales, que conducen a una sobrestimación carente de rigor de tal fenómeno. A la par, la autora destaca, y en esto también estamos en plena sintonía, cómo las medidas prohibicionistas están orientadas desde una concepción moralizante, donde no se está protegiendo

⁷³³ En términos de GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2020). Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 22-10. <http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-10.pdf>, en su n. 2. También LLOBET ANGLÍ, M. (2019). Prostitución: ¿qué castigar? Trabajadoras, burdeles, rufianes y cliente. *Revista Nuevo Foro Penal*, 15(92), 52-101. <https://doi.org/10.17230/nfp.15.92.2>, p.62

⁷³⁴ Se explora de una manera especialmente clarificadora por VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2012). Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, 81-142.

⁷³⁵ No cabe sino remitirnos, por la profundidad e interesantes enfoques con los que aborda la materia, a LLOBET ANGLÍ, M. (2017). ¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario Sesgos empíricos, contradicciones de lege lata y desaciertos de lege ferenda. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-19. <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-19.pdf>.

genuinamente la dignidad colectiva de la mujer a través de los mecanismos postulados desde las tesis prohibicionistas, sino todo lo contrario, se está efectuando un tratamiento discriminatorio hacia la propia mujer, a la que se considera, precisamente, inhábil para poder decidir sobre la capacidad de ofrecer un intercambio sexual a cambio de un estipendio.

Tal postura, la de inmisión de la perspectiva de género en el ámbito de los delitos sexuales, no solo se puede colegir del propio artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, sino que también, ciertamente, se verá posteriormente refrendada por normas como el Convenio de Estambul de 2011, hasta el punto de ser uno de los ejes cardinales de este Derecho Penal sexual identitario⁷³⁶.

En este caso, sobre las consideraciones efectuadas, la inclusión de una prohibición, mediante un delito autónomo, de la tercería locativa, supone un retroceso, a nuestro entender, en la disociación de Derecho y Moral que inspiró nuestro modelo penal de 1995. En este caso, no obstante, resulta difícil conjugar el bien jurídico pretendidamente tutelado –recordemos que en 1973, estábamos hablando de la honestidad– frente a la actual libertad sexual.

En ese marco, ya nuestro Código Penal en 2003, con el castigo del proxenetismo no coercitivo emprendió un camino hacia postulados más restrictivos⁷³⁷, que se exacerban en esta nueva reforma proyectada en 2021, al

⁷³⁶ Como un Derecho Penal “*contra el sistema patriarcal*” se definen las novedades en materia de delitos sexuales y la evolución del tratamiento jurídico de este ámbito, por autores como GARCÍA RIVAS, N. y TARANCÓN GÓMEZ, P. (2021). Lección 17ª. Agresión y abusos sexuales. En F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.) y A. VENTURA PÜSCHEL (Coord.), *Tratado de Derecho Penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas* (3.ªEd., pp. 1117-1204). Tirant lo Blanch, pp.1117 y ss.

⁷³⁷ En lo que LLOBET ANGLÍ, *op. cit.* n. 733, p. 55, califica como un modelo *cuasi-abolicionista*. Resulta interesante cómo la autora diferencia, en una escala de mayor prohibición a mayor permisión, los siguientes

retornar a la tipificación autónoma de la tercería locativa, lo que supone un evidente retroceso en pos de una limitación de la libertad de la mujer que ejerce la prostitución.

Sostenemos tal postura, precisamente, porque incriminando al tercero locativo (que puede ser preludio de castigar a cualquier otro “beneficiario” indirecto del trabajo sexual de la prostituta), se está sancionando con un rigor punitivo desproporcionado a nuestro juicio (penas de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 18 meses, en su modalidad básica proyectada), una actividad que no es propiamente atentatoria contra la libertad sexual de la prostituta, en forma alguna, como tampoco lo es el rufianismo o proxenetismo no coercitivo, con quien comparte la base de su naturaleza. Ambas realidades son, en primer lugar, ajenas al ámbito de la sexualidad de la supuesta víctima, en la medida que se parte, en ambos supuestos, de la ausencia de elementos que supongan una inmisión en la esfera volitiva ni cognitiva de la prostituta, o del gigoló, o del transexual que se prostituye, que ejerce libremente tal labor.

Salvo que se partiera decididamente del postulado de negar la libertad de la persona para poder llevar a cambio un intercambio sexual por un precio, en una postura decididamente prohibicionista –lo que llevaría también a cuestionar, seguidamente, otro tipo de intereses, recompensas o beneficios, que pueden subyacer en las relaciones humanas, de carácter personal o patrimonial, pero no

estadios, citamos textualmente: “las posturas prohibicionistas (pena para los proxenetas no coercitivos, los clientes y las prostitutas); a continuación vendría el modelo abolicionista (pena para los proxenetas no coercitivos y los clientes); en tercer lugar, las posturas cuasi abolicionistas (pena para los proxenetas no coercitivos, únicamente); y, finalmente, los modelos regulacionista y reglamentarista, cuya incidencia se produce en otras ramas del ordenamiento jurídico, aunque, por supuesto, tienen implicaciones penales en forma de no criminalización de cualquiera que, participando del fenómeno de la prostitución, no sea un proxeneta coercitivo”

estrictamente pecuniario, en un sentido literal–, el modelo cuasi-abolicionista actual (que es, complementariamente, más próximo al simplemente abolicionista, al coexistir la reprensión penal de los proxenetas no coercitivos, con la sanción administrativa al cliente, en ciertos municipios, cuando se efectúa la captación del servicio sexual en la vía pública⁷³⁸) no nos parece adecuadamente enfocado a la protección de la libertad sexual de la persona que practica la prostitución, en tanto que, si bien no se criminaliza el acto del intercambio sexual por dinero –en sí–, se está correlacionando, tanto en el art. 187.2 como en el 187 bis que trae consigo la Proposición de Ley, el concepto de prostitución al de explotación, en la medida que se castiga a quien se *“lucre explotando la prostitución de otra persona aun con el consentimiento de la misma”*.

Por su parte, DAUNÍS RODRÍGUEZ (2015, p. 110)⁷³⁹, explica la correlación del concepto de “explotación” con la acepción de la DRAE de “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”. En todo caso, aun asumiendo esta cuestión semántica, resulta una manifestación más próxima al Derecho Penal de autor que a un Derecho Penal del hecho, criminalizar a quienes ganan un provecho de los bienes obtenidos a través de la prestación de servicios sexuales de una persona en los casos en que media su voluntad.

El precepto del art. 187.2 CP, a la par, tiene la dificultad exegética, a nuestro juicio, de que sus contornos no están claramente definidos. Menos aun, si entrara en vigor la proyectada tercería locativa que estamos analizando.

⁷³⁸ Explora esta cuestión VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015). A vueltas con la prostitución callejera ¿Hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave? *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXV, 415–455. <https://doi.org/10.15304/epc.35.2607->

⁷³⁹ Op. cit. n. 244

Ello, esencialmente, porque si explotar es obtener provecho de un negocio ajeno, y el estipendio que obtiene la prostituta constituye el provecho de tal “negocio”, todos aquellos que se lucran de la misma, desde su propia familia, pasando por aquellos profesionales que prestan servicios auxiliares para beneficio de la actividad de la prostitución (véase, los servicios de limpieza de un club de alterne; los de peluquería que en algunos “hoteles” actualmente copados de prostitutas, se prestan; los vigilantes de seguridad de dichos establecimientos, etc.), son profesionales que se lucran de la “explotación” –entendida en la acepción de “negocio”, no de trata, esclavitud o falta de consentimiento– de la persona que se prostituye. En este sentido, no se puede obviar que no estamos, en forma alguna, ante un delito contra la libertad sexual de la persona, cuando, precisamente, se le está estigmatizando, negándosele la libertad de disposición económica, tanto de su propia sexualidad activa, como de las ganancias derivadas de tal actividad, que en sí misma no es ilícita.

En este sentido, las voces partidarias de la interpretación restrictiva del proxenetismo no coercitivo en nuestra doctrina, como CARMONA SALGADO (2015, *passim*)⁷⁴⁰ o VILLACAMPA ESTIARTE (2012, p. 134)⁷⁴¹ entendemos que son las que efectúan un planteamiento hermenéutico más adecuado para esta controvertida figura –que ahora se amplía, si prospera la Proposición de Ley que estamos glosando, respecto del tercero locativo–.

⁷⁴⁰ V. CARMONA SALGADO, C. (2015). Trata de seres humanos para su explotación sexual: Argumentos a favor de una regulación española que normalice el ejercicio por adultos de la prostitución voluntaria. *La ley penal: revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*, 113.

⁷⁴¹ V. VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2012). Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultado. *Revista de Derecho Penal y criminología*, 7, 81-142. <http://hdl.handle.net/10459.1/46539>

A nuestro juicio, la pretensión (aun sostenida en la proposición de ley que se está actualmente, a 2023, tramitando en las Cortes Generales), que ambiciona “rescatar” la figura de la tercería locativa, como lo fue, la del proxenetismo no coercitivo, supone un paso más una intervención penal en la materia de la prostitución con una carga innegable de paternalismo –aun cuando se pretenda sostener un discurso en pretendida clave feminista–, de estigmatización de las mujeres que ejercen la prostitución y, a la par, como sucede en otros ámbitos – como el que nuclearmente centra nuestro estudio, las relaciones sexuales de los menores y la respuesta del Derecho Penal–, contribuyendo a que el Código se esfuerce en la función de prevención general positiva, de corte pedagógico y moralizante, ajena a lo que debiera ser su fin.

Ni la tercería locativa ni el proxenetismo no coercitivo, en suma y sin ánimo de reiterarnos, lesionan la libertad sexual de la persona que se prostituye; y sin embargo, son preceptos que limitan, injustificadamente, la capacidad de la presunta víctima en el marco de la libertad sexual positiva –donde el Estado solo debe limitarse a tener una función de abstención y respeto a sus manifestaciones, y no una labor de control o censura de las mismas basadas en criterios de peligrosidad social, ni de quienes las ejercen ni de quienes se relacionan con tales personas–, así como la libertad de disposición de su patrimonio. En la medida que la fuente de obtención del estipendio derivado de la prostitución no se puede considerar ilícita, no es un enriquecimiento ilegal o prohibido por la Ley –lo que nos debe llevar a considerarla lícita, bajo el axioma *permissum videtur id omne quod non reperitur prohibitum*–, la capacidad dispositiva de tales fondos no puede ser censurada.

Es más, en caso de que eventualmente fuese valorada como ilícita la fuente de obtención de ese dinero no declarado, en la medida del consentimiento de la persona que lo entrega al proxeneta o al arrendador o titular del inmueble, no se perpetraría en ningún caso, mediante tal conducta, un delito contra la libertad sexual, puesto que el arrendador del inmueble en forma alguna se relaciona en la esfera sexual con la persona que se prostituye, ni influye en la determinación de la misma para llevar a cabo tal actividad, ni la favorece en un sentido estricto –puesto que, precisamente, no presta a la misma un elemento necesario para su desarrollo, sino netamente fungible y que no es imprescindible para que la relación sexual estipendiada se culmine–. Por otra parte, este precepto que ahora se propone –que, insistimos, sería coherente con la protección de la honestidad, pero no de la actual libertad sexual–, podría llevar a la incriminación de establecimientos hoteleros (no prostíbulos, en sí), en los que los sujetos que se prostituyan contraten habitualmente habitaciones para su desempeño (con lo que, los establecimientos, deberían verificar antes de arrendar una habitación, qué es lo que se va a hacer dentro de la misma, a qué se dedica la persona que la contrata o qué *iuris vinculum* ⁷⁴² existe entre los cohabitantes de la misma).

Especialmente, debemos señalar que, en España existen, por una parte, ciertos establecimientos que ofrecen un servicio hotelero a prostitutas esencialmente, donde desarrollan sus servicios sexuales, si bien el establecimiento no se lucra del servicio sexual en sí, sino del alojamiento que en

⁷⁴² Nos permitimos significar en este sentido, en la España franquista, la pesquisa que en los establecimientos hoteleros se realizaba a la hora de alquilar una habitación a un hombre y una mujer, que llevaba a la exigencia de la exhibición del Libro de Familia, para comprobar que se tratase de una cohabitación matrimonial. Tal elemento lo recuerda en una entrevista del Prof. ALBERTO CALVO MEJIDE en el Diario ABC, en Daniele, L. (2018, 13 febrero). Libro de Familia, 100 años de historia de la evolución del matrimonio. Diario ABC. https://www.abc.es/sociedad/abci-libro-familia-100-anos-historia-evolucion-matrimonio-201802132117_noticia.html

sus instalaciones se realiza. Si esta norma entra en vigor, los titulares de tales establecimientos podrán ser inculcados por esta vía y las personas jurídicas pudieran ostentar la propiedad, podrán responder ex art. 189 bis CP.

En otro sentido, la realidad actual de España nos muestra la proliferación de un mercado específico de “hoteles para parejas” o “*love hotels*”⁷⁴³ en diversos países, también en el nuestro. Este concepto, que goza de amplio predicamento y desarrollo –histórico incluso– en otros lugares, como Japón⁷⁴⁴. Tal concepto se ha exportado a infinidad de países y satisface la necesidad de intimidad, no solo de parejas –habituales u ocasionales–, sino también en el marco de los intercambios sexuales de la prostitución, para su desarrollo fuera de la mirada de terceros o en vía pública. Este tipo de establecimientos, orientados a que la utilización de sus habitaciones tenga un fin principalmente sexual, a diferencia de los hoteles “convencionales”, ofrece a los concurrentes un grado muy elevado de discreción y cuasi-anonimato, que se persigue eliminando, en la práctica totalidad, la interacción con el personal del establecimiento, que es nula o prácticamente inexistente (aparcamiento directo en la habitación, nula interacción con otros clientes o personal del hotel, habitaciones completamente equipadas, etc.).

⁷⁴³ Véase, en un estudio sobre su naturaleza y función, en KEASLER, M., SLEMMONS, R. y KIRINO, N. (2006). *Love Hotels*. Adfo Books.

⁷⁴⁴ Concretamente, en la era Edo (1603-1868), se hablaba de las *otobiki-chaya*, “casas de te”, situadas en las proximidades generalmente de templos, donde se producían encuentros íntimos. A tal efecto, como explica IKKYON, K. (2013, 1 mayo). ¿Por qué hay “hoteles del amor” en Japón? Nippon.com. <https://www.nippon.com/es/views/b02701/>, fue en la era Shōwa (1926-1989) cuando se generalizaron las pensiones a precio fijo (*enshuku*) o habitaciones para mantener relaciones entre las parejas no convivientes (*tsurekomi yado*), pero también con prostitutas. En este sentido, la prohibición en Japón de la prostitución en 1958, fue un factor determinante para la proliferación de estos lugares de encuentro clandestino.

De esta manera, salvo que se aplicare de una forma extensiva el Derecho Penal –quizá a través de los postulados de la ignorancia deliberada–, tales elementos podrían subsistir como refugios inmobiliarios de la libre relación sexual consentida a cambio de un estipendio; salvo sea, por supuesto, las cesiones gratuitas de espacios particulares –en precario, o mediante la cesión de un derecho de habitación, por ejemplo–; o la utilización de lugares propios de la persona que se prostituya –vivienda en propiedad o alquilada por la persona que se prostituya, ignorándose por la parte propietaria el uso o destino–, o del cliente –locales o casas propias del usuario del servicio–.

Cabe plantearse, por cuestiones puramente casuísticas, qué tratamiento jurídico penal habría de darse a aquellos casos en que una persona que se prostituye (y alquila un piso, donde reside y ejerce tal actividad), subarrienda por horas las habitaciones a otras personas para tales menesteres; o incluso, cuando varias personas que se prostituyen ponen bienes en común para tal actividad. En todos esos casos, existe un lucro respecto del ejercicio de la prostitución de las demás personas que integran esa “comunidad”, ese pacto, o como se le quiera denominar. Técnicamente, insistimos, vista la tendencia del legislador, parece que tales conductas podrían incriminarse a través de los preceptos analizados, sin forzamiento. Y todo ello, reiteramos, sin que exista duda alguna de que la libertad sexual de las personas partícipes no se ha visto afectada a nuestro juicio, en ningún momento, por tal proceder (precisamente, véase en este sentido, la disposición concursal del actual art. 187.3 CP, cuando contempla la relación real con las penas que correspondan, en su caso, por las agresiones sexuales cometidos sobre la persona prostituida).

En último lugar, un planteamiento que debemos efectuar, aun de manera tangencial, es la significación de la recuperación de la figura del tercero locativo como delito autónomo en este ámbito, en correlación con las nuevas formas de criminalidad derivadas del uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

Recientemente, el Tribunal Supremo ⁷⁴⁵, ha efectuado una interpretación realmente extensiva de la realidad virtual y la cibercriminalidad, haciéndose eco de las valoraciones del “Grupo de Trabajo del Consejo de Europa sobre el acoso online y otras formas de violencia en línea, en particular contra las mujeres y los niños, en un estudio de 2018 - *Mapping study on cyberviolence*- que “describe la ciberviolencia como “el uso de los sistemas informáticos para causar, facilitar o amenazar a las personas con violencia causando o pudiendo causar daños o sufrimientos físicos, sexuales, psicológicos o económicos, incluyendo también la explotación de las circunstancias, características o vulnerabilidades individuales, que llevan a la Sala a establecer un paralelismo ontológico, entre el ciberespacio y lo que podemos llamar la “realidad analógica” –o verdadera realidad, el mundo no digital–⁷⁴⁶. Precisamente, en ese marco, se da carta de naturaleza a la posibilidad de cometer una agresión sexual a distancia, a través del uso de Internet, para infundir mediante la conexión por el mismo, una intimidación eficaz en el sujeto pasivo

⁷⁴⁵ En STS, Sala II, de 26 de Mayo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2165.

⁷⁴⁶ En concreto, en el punto 1.12 de la citada Sentencia, se señala literalmente, como *obiter dicta*, la siguiente reflexión que debemos destacar: “Para muchas personas, y especialmente para los niños y niñas, sobre todo a partir de la preadolescencia, las comunidades virtuales se han convertido en un espacio de interacción social decisivo, abierto a un número indeterminado de personas. La inmersión en entornos virtuales se convierte en una norma de socialización, pero también, en cierto sentido, de percepción de la propia realidad. A medida que el usuario se sumerge en a realidad virtual, esta acaba convirtiéndose en una decisiva referencia, desplazando a la propia realidad”

que le lleve a realizar sobre sí misma una acción sexual indeseada (e.g. tomar un video masturbándose).

Ciertamente, se trata de una interpretación que resulta cuestionable (en la medida que se llega a la calificación de agresión sexual, por tal conducta), esencialmente en cuanto a la dificultad para poder aseverar el dominio del hecho por parte del presunto autor, respecto de la conducta sexual indeseada. A la par, se plantea también un abanico de posibilidades, a partir de la asunción de la posibilidad de la “*ciberviolación*”: desde el tratamiento que debería merecer aquellos casos en que se compela coercitivamente a una persona a enviar material auto-pornográfico preexistente –y grabado libremente–, donde la libertad sexual a nuestro juicio no es el bien que se lesiona, sino más bien la libertad de acción o en su caso la intimidad; así como, y esto es lo que ahora nos importa, si cabe pensar en la posibilidad de extender el concepto de “*tercería locativa*” al “*tercero titular de websites*”.

El artículo 189 bis CP, castiga autónomamente *“la distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo y en los capítulos II bis y IV del presente título será castigada con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años”*.

En este sentido, nos planteamos, en clave puramente hipotética que, si se reintroduce finalmente el castigo al tercero que arrienda o pone a disposición un inmueble para el ejercicio de la prostitución, lucrándose con el libre

consentimiento de la persona que ejerce la actividad, sería coherente, en el marco del paralelismo ontológico fijado por el Tribunal Supremo para conductas de mayor intensidad criminal y lúbrica, donde sí se afecta a la libertad sexual – agresiones sexuales–, la posibilidad de que, *ad maius ad minore*, se llegue a incriminar al “tercero locativo virtual”, o proveedor del “hosting” o titular de la plataforma web en la que se anuncien o ofrezcan esos servicios de prostitución, a cambio de que las personas que los ofrezcan paguen un canon por ello.

No solo estamos pensando en páginas web que publiciten y se lucren de manera directa de los servicios de prostitución; sino incluso en nuevas redes creadas para ofrecer contenidos –bajo suscripción– de carácter sexual, en forma de cuotas mensuales –v.gr. “Onlyfans”–.

La “pendiente resbaladiza”, que no es falaz, en este caso, nos lleva a advertir cómo, de la fusión de los postulados más taxativos del feminismo “*antisexo*” o radical –véase, las referencias ya efectuadas a estos conceptos anteriormente–, unido a la justificación del riesgo como factor habilitante para el forzamiento –hasta el quebranto– de los patrones naturalísticos – equiparación de la realidad virtual y la genuina realidad– y valorativos – igualando una agresión sexual *online* a una agresión física de esta índole–, son rasgos que hemos ya identificado en la presente como maximización del Derecho Penal sexual, y que nos permiten presagiar, por el derrotero que se está desarrollando la materia, no sólo la posibilidad de castigo de la figura que hemos señalado, sino un replanteamiento de la reprensión legal de la pornografía de adultos incluso (en buena medida, por los mismos argumentos que se emplean para el prohibicionismo de la prostitución, unido a una importante falacia, como es la

presunta relación entre la realidad mostrada en la pornografía como un factor criminógeno⁷⁴⁷).

3º) En el ámbito del art. 183 bis del vigente CP, el Proyecto de Ley Orgánica trajo consigo específicas novedades:

- i) Reenumeración del precepto, desapareciendo el art. 183 quater CP, y pasando a ser el mismo un nuevo art. 183 bis.
- ii) Variación de escasa significación del tenor del precepto. Por virtud de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, el precepto queda regulado de la siguiente manera:

⁷⁴⁷ Precisamente, en la medida que sostenemos que una buena medida de las actuales tendencias en materia de regulación de la sexualidad, se fundamentan en el “triunfo”, o cuando menos, preponderancia de un discurso feminista “antisexo” revitalizado, no podemos dejar de advertir cómo autoras totémicas de esta materia, como MACKINNON, C. (2014). 66. *Only Words, Essays and Reviews: 1959-2002* (pp. 345-352). Princeton: Princeton University Press. <https://doi.org/10.1515/9781400848393-067>, señala que “con la pornografía, los hombres se masturban para que las mujeres sean expuestas, humilladas, violadas, degradadas, mutiladas, desmembradas, atadas, amordazadas, torturadas y asesinadas. En los materiales visuales, experimentan cómo se hace esto al ver cómo se hace. Lo real aquí no es que los materiales sean imágenes, sino que son parte de un acto sexual. Las mujeres están en dos dimensiones, pero los hombres tienen sexo con ellas en sus propios cuerpos tridimensionales, no solo en sus mentes”. RADFORD, A. (2007). *The Lost Girls* [Libro electrónico]. Brill, p. 6, apunta cómo “me baso en definiciones feministas que identifican la pornografía como representaciones de odio, como en el discurso de odio o en los delitos de odio. Esta perspectiva vincula la pornografía con otras formas de violencia contra las mujeres y la posiciona dentro de la industria del sexo junto a otras formas de explotación sexual: prostitución, trata de mujeres y niños, turismo sexual, clubes sexuales y baile erótico”.

No obstante, no hay estudios rigurosos que puedan correlacionar la pornografía de adultos con un aumento de la criminalidad sexual. En este sentido, véase por extenso y particularmente profundo, el efectuado por DIAMOND, M. (2009). Pornography, public acceptance and sex related crime: A review. *International Journal of Law and Psychiatry*, 32(5), 304-314. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2009.06.004>. Respecto al tratamiento de la peligrosidad y la relación con los delitos sexuales, nótese también lo que apunta ARMAZA ARMAZA, E. J. (2011). *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. [Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco. Facultad de Derecho], p. 164, cuando apunta a la influencia de la conjunción de la valoración de la peligrosidad sustentada en la ponderación de métodos empíricos y actuariales, que cristalizan en normas legislativas como las llamadas “Leyes de Depredadores Sexuales” en Canadá y Estados Unidos, en lo que suponen manifestaciones patentes de un Derecho Penal no solo de autor, sino de una categoría clara de “enemigos”, en el sentido de los postulados de JAKOBS (cfr. N. 167 de la presente Tesis doctoral).

*“El consentimiento libre del menor de dieciséis años, **excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal**, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.*

No obstante, en el preámbulo de la Ley Orgánica que introduce el anterior cambio, se precisa la novación incorporada por el legislador de una manera incoherente con el resultado finalmente plasmado en el Código Penal, en tanto que se afirma: *“Además, se modifica el artículo 183 quater, para limitar el efecto de extinción de la responsabilidad criminal por el consentimiento libre del menor de dieciséis años, únicamente a los delitos previstos en los artículos 183, apartado 1, y 183 bis, párrafo primero, inciso segundo, cuando el autor sea una persona próxima a la persona menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad”*

Así pues se produce un cierto galimatías desde el momento en que se acude a justificar la necesidad de ceñir el efecto extintivo de la responsabilidad criminal por el libre consentimiento respecto de los delitos de los arts. 183.1 CP⁷⁴⁸ y 183 bis, párrafo primero, inciso

⁷⁴⁸ “El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años”

segundo⁷⁴⁹. No obstante, el texto finalmente aprobado solo excluye la aplicación del art. 183 quater CP los casos del art. 183.2, esto es, en los que, mediando violencia o intimidación, no se puede predicar la existencia de forma alguna de consentimiento.

Las diferencias entre el texto vigente y el previamente existente, son las siguientes: i) Se hace expresa exclusión de los supuestos del art. 183.2 CP –aspecto que, no obstante, entendemos que es redundante, en tanto ya era claro cuestión que nunca puede existir consentimiento en el marco de la violencia o la intimidación–; ii) Se adiciona al concepto de desarrollo o madurez la expresión “física o psicológica”.

Respecto de esta segunda cuestión, sí debemos hacer una especial valoración. Pudiera parecer que el concepto de desarrollo se ve predicado de la parte física del individuo, mientras que la madurez se circunscribe a la esfera psicológica del sujeto. No obstante, ciertamente, el desarrollo psicológico es también un aspecto ponderable –de hecho, se habla de trastornos en el desarrollo psíquico o psicopatología del desarrollo⁷⁵⁰–.

⁷⁴⁹ Que habría que entender, a nuestro juicio –no es muy clara esta referencia–, que se está pensando en el supuesto del castigo al adulto que hace presenciar a un menor actos de naturaleza sexual, aunque el autor no participe en ellos.

⁷⁵⁰ En GÓMEZ CARDOSO, A. L., DE VARONA NEBOT, C., NÚÑEZ RODRÍGUEZ, O. L. et alli (2019). El retardo en el desarrollo psíquico. Antecedentes y actualidad. EFDeportes.com, *Revista Digital.*, 191. <https://www.efdeportes.com/efd191/el-retardo-en-el-desarrollo-psiquico.htm>; también se estudia la psicopatología del desarrollo por autores referenciales como LENZENWEGER, M. F. (1996). *Frontiers of Developmental Psychopathology* (1.^a ed.). Oxford University Press, USA; o más recientemente, LEMOS GIRÁLDEZ, S. (2003). La psicopatología de la infancia y la adolescencia: Consideraciones básicas para su estudio. *Papeles del Psicólogo*, 85, 19–28; CUMMINGS, M. E., DAVIES, P. T. Y CAMPBELL, S. B. (2020).

En relación con esta locución, cabe plantearse alguna cuestión, como si bastaría un grado próximo en edad y desarrollo físico –aparente– entre ambos individuos intervinientes en la interacción sexual para la apreciación de la cláusula, sin que la cuestión madurativa –psíquica– entre en la ecuación; o por el contrario, el desarrollo y madurez han de ser físicos y psíquicos, cumulativamente.

También cabe plantearse, por otra parte, si se podría aplicar la cláusula ante sujetos madurativamente próximos, pero físicamente dispares (en cuanto que uno de ellos, hubiera desarrollado los caracteres sexuales externos propios de la pubertad, y el otro se encontrare algo más retardado en ese devenir). A nuestro juicio, el desarrollo o madurez se refiere a la cuestión preponderantemente psíquica. No se puede hacer equivaler estrictamente la madurez psíquica a la madurez o desarrollo físico, puesto que lo determinante en la protección de la libertad sexual es el desarrollo de la personalidad sexual, que atiende a una cuestión fundamentalmente psíquica, más que física.

En efecto, la norma parece poner en pie de igualdad el desarrollo físico al desarrollo o madurez psíquica⁷⁵¹. Semejante exégesis, sin

Developmental Psychopathology and Family Process: Theory, Research, and Clinical Implications (English Edition) (1.^a ed.). The Guilford Press.

⁷⁵¹ Nótese como MALÓN MARCO (*op.cit.* n. 194, p. 57 y ss.), viene a señalar cómo “la asimetría de edad implicaría, a su vez, otras formas de asimetría (anatómica, fisiológica, afectiva, intelectual, madurativa, experiencial, etc.), que serían relevantes en otro sentido distinto al problema del poder”, en tanto que precisamente, lo que resulta particularmente censurable en la relación del adulto con el menor, es, como señala el autor, siguiendo a LÓPEZ, quien se refiere a BENTOVIM *et alii*, “la autoridad del adulto para exigir

embargo, no nos parece acertada, puesto que dentro de lo indeterminado y etéreo que, en muchas ocasiones, resulta la comparación y ponderación de la madurez psíquica de los sujetos intervinientes en una relación sexual, aun menos claro – paradójicamente– resulta la cuestión de valorar el desarrollo físico, salvo que se acuda a criterios puramente cuantitativos, que en este asunto, no nos resulta convincente en atención a apreciar una potencial afección al bien jurídico protegido.

La proximidad en grado de desarrollo físico, atendiendo a parámetros anatómico-funcionales, a nuestro juicio es algo que debiera ser intrascendente como elemento que permita discernir la validez del consentimiento sexual prestado⁷⁵².

Cabe plantearse la solución jurídica que hay que ofrecer a los casos en que exista proximidad en edad, en grado de desarrollo o madurez psíquico, pero exista una notoria desproporción física (altura, peso o desarrollo de los órganos sexuales). La pregunta es si, en esos casos, debería considerarse inaplicable la exención de

al niño que sea obediente y realice determinadas conductas”. La relación de dependencia es lo determinante para un genuino consentimiento válido. Estando de acuerdo con estas apreciaciones, lo cierto es que entendemos que puede ser inadecuada la equivalencia aparente entre el desarrollo físico o madurez física frente al desarrollo o madurez psíquicos, como hemos ya analizado y se concluirá en este trabajo de investigación. También en BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2022a). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M. A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2ª Ed., pp. 199-220). Editorial Comares, pp. 218-219.

⁷⁵² Frente a este criterio, la equiparación de los conceptos de madurez física y psicológica, procede del art. 8 de la Directiva 93/2011/UE. Tal exigencia, por tanto, no es un desacierto del legislador español, sino un criterio determinado por la norma de la Unión Europea, que no obstante, consideramos inadecuada en este aspecto.

responsabilidad prevista en el Código, exclusivamente por una asimetría o falta de proximidad anatómica. La respuesta debe ser claramente negativa.

El factor físico entendemos que es, siempre y en todo caso, un elemento que no puede tratarse de manera equivalente al desarrollo y madurez psíquicos, puesto que ello distorsiona la naturaleza de la protección del bien jurídico de la indemnidad sexual del menor. A nuestro juicio, los supuestos de falta de desarrollo físico equivalente, mediando una proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez, no solo no son impeditivos para aplicar la cláusula, sino que entendemos que permiten su apreciación con carácter totalmente extintivo de la responsabilidad penal. La valoración de la semejanza física, dicho de otra manera, debe quedar circunscrita a ser un elemento valorativo cumulativo en los casos en que exista una diferencia en grado de desarrollo o madurez psíquico, como factor de ponderación añadido, pero no en pie de igualdad al primero.

De la misma manera que, en el caso de las modificaciones judiciales de la capacidad de obrar en el ámbito civil, para valorar la capacidad de autogobierno del individuo, se pondera su autonomía psíquica por encima de los factores físicos –que son valorados, pero de una manera accesorio, frente al aspecto mental como cuestión principal–, igualmente sucede en este ámbito penal que nos atañe, con la semejanza en desarrollo o madurez psíquica frente a la esfera física.

En otro orden, debemos añadir cómo el Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sexual, en este caso, propuso otra nueva dicción para el mismo precepto, abandonándose locativamente el art. 183 quater para regular la materia, a favor de un reconfigurado art. 183 bis, que se sugería con la siguiente dicción: *“Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”*.

En este caso, no obstante, la modificación del precepto tiene un carácter puramente formal, de adaptación a la nueva sistemática de los delitos sexuales que se ha implementado finalmente en la LOGILS, que hemos explorado ya en momentos precedentes; si bien, en todo caso, supone un nuevo eslabón más en el proceso de cambio, que en ningún caso es deseable que se perpetúe en los textos legales –menos aun en los codificados–, precisamente por cuanto tan inadecuada es la petrificación de la norma, inadaptada a la realidad, como una variabilidad desmedida de las normas, de su contenido y de su alcance, que demeriten la seguridad jurídica y que impidan al ciudadano medio –incluso, a veces, a los profesionales del Derecho – tener certeza suficiente de cuál es el contenido de la norma vigente, su ubicación y su alcance. Los textos penales no

pueden ser volubles a los impulsos de reforma en función de casos puntuales.

3.4. Otras modificaciones legales (2020-2023) con influencia indirecta en la delimitación de los bienes jurídicos protegidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal y/o en la configuración del consentimiento sexual.

En paralelo a la modificación del Código Penal a través de la LOGILS, en los últimos años, debemos destacar las siguientes normas legales que han influido o guardan conexión con la materia de esta tesis, como es el consentimiento sexual en relación con los bienes jurídicos protegidos y la capacidad de los menores en este ámbito:

- a. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida: deroga la clásicamente llamada –incluso después de la modificación terminológica de 2015, por cuestiones de abreviatura de expresión, no gnoseológicas– “esterilización de incapaces” del art. 156 CP⁷⁵³.

En este sentido, desaparece del vigente Código Penal una norma cuya naturaleza era, en todo caso, controvertida⁷⁵⁴. TAMARIT SUMALLA (2016, pp.

⁷⁵³ En su última redacción, señalaba que “no será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”.

⁷⁵⁴ A tal efecto, fue tratada, por algunos autores, en sede de tipicidad, por autores como CHIMENO CANO, M. (2000). Acerca de la esterilización no curativa de incapaces. *La Ley*, 3, 1719-1721; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *op.cit.* n. 198, pp. 76 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2014). Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de Septiembre de 2013, por el que se modificaría la 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.

1070-1071)⁷⁵⁵, advierte que se trata de una norma que, a pesar de su ubicación sistemática, desplegaba sus efectos en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, o en el proceso de incapacitación, y que, tras la valoración efectuada por la STC nº 215/1994, de 14 de julio (ECLI: ECLI:ES:TC:1994:215), no revestía dudas sobre su constitucionalidad, aplicándose siempre de una manera excepcional. Por su parte, GARCÍA ÁLVAREZ (2014, p. 35), critica que sea en el Código Penal y no en la legislación civil donde se desarrolle la disposición correspondiente a la autorización judicial para la esterilización de los sujetos carentes de capacidad suficiente para aperebirse de tal necesidad.

La modificación que opera la LO 1/2015 en el Código Penal en dicho precepto fue más allá de lo terminológico, con una cierta carga semántica relevante, desterrando el concepto de “incapaces” a favor una expresión un tanto compleja y no equivalente exactamente, al hablar de “*personas que de*

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-13, 13:1-13:38. <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-13.pdf>, p- 13:27. No obstante, entendemos que, en línea con la interpretación de la STC 215/1994, resulta más convincente su concepción como una suerte de causa de justificación, basada en un estado de necesidad ex lege, como se puede inferir del tratamiento de la cuestión ofrecido por VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2022). Las lesiones. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M. A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2ª Ed., pp. 76-112). Editorial Comares, cuando plantea la existencia de un “conflicto entre los bienes jurídicos del derecho fundamental a la igualdad en relación con el ejercicio de la sexualidad, amén de otros derechos fundamentales que pueden verse afectados, como la intimidad, libertad de movimientos o integridad moral, y de otra, el derecho fundamental a la integridad física, menoscabado con la esterilización” (p.102). En este mismo sentido interpretativo, GÓMEZ RIVERO, M. C. (2003). *La responsabilidad penal del médico* (1ª ed.). Tirant lo Blanch, p. 289 y MUÑOZ CONDE, F. (1995). La esterilización de deficientes psíquicos. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994, en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 2, 185-210, p. 198.

⁷⁵⁵ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. (2016). Comentario al art. 156 del Código Penal. En G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) y F. MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal español: Artículos 1 a 233* (7ª ed., pp. 1070-1071). Thomson Reuters.

forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior”.

Recordemos que el párrafo anterior se refiere al consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido, como factor que legitima, entre otros aspectos, las esterilizaciones de adultos, en el marco de los derechos de salud sexual y reproductiva –tanto del hombre, a través de la vasectomía; como de la mujer, mediante la técnica de ligadura de trompas– y otros actos médicos, como los trasplantes o cirugía transexual.

Fue en esa reforma del Código Penal de 2015 operada por la LO 1/2015 en la que también se modificó el art. 25 del texto, eliminándose para todo el Código el concepto de “incapaces”, precisamente por la correlación con el concepto civil de la incapacitación, que generaba conflictos exegéticos a la hora de dotar de la debida protección a aquellos sujetos que no estaban formalmente constituidos en dicho estado civil, pero que, sin embargo, desde la óptica penal, era precisamente aquellos a los que la norma trataba de proteger, estableciéndose disposiciones particularmente dirigidas a la tuición de sus intereses jurídicos, al considerarse precisamente la necesidad de una protección reforzada o particular, habida cuenta de su situación (v.gr. prostitución, abandono, pornografía, etc.).

Con tal criterio, se introduce en el Código una dicotomía, entre el concepto de “discapacitado” y el de “discapacitado necesitado de especial protección”, como categorías para conceptualizar a sujetos pasivos potenciales de ciertos delitos, en las fórmulas empleadas por el Código (a modo de definiciones

auténticas)⁷⁵⁶, que se ajustan a la obsolescencia del concepto de “incapaz”, que se detecta a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU del año 2006, y que, de hecho, ha sido factor catalizador de la reforma que estamos ahora analizando (nos referimos tanto a la de 2015; como a la de 2020, derogando la esterilización de estos sujetos).

Hecho el anterior *excursus* sobre el art. 25 Cp., necesario para el argumento que vamos a sostener cuando el Código Penal regula en el art. 156 párrafo 2º (ahora derogado) la cuestión de la esterilización, ya no se refería, en ese momento –el previo a la derogación y posterior a la reforma de 2015– a los “incapaces”, pues ello, desaparece de la óptica semántica del Código Penal, en tanto que podía encontrar un problema semántico, respecto a los “incapaces” civiles (es decir, los sujetos que se constituyen en tal estado civil, por otra parte, hoy también en extinción⁷⁵⁷) los destinatarios de esta

⁷⁵⁶ Dice el art. 25 CP:

“A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

⁷⁵⁷ Por virtud del art. 2.22 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se produce un proceso de reformulación de la protección de las personas con una discapacidad, a través de la abolición del instituto jurídico de la incapacitación, que, según afirma el propio legislador, en su Exposición de Motivos, “no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos”. Sin ánimo de exhaustividad, puesto que excede de nuestro objeto de estudio, sí debemos señalar que, a partir de la entrada en vigor, fijada para el 3 de septiembre de 2021, la tutela, como institución, quedará reservada solo a los menores de edad no emancipados que estén

autorización –cuya naturaleza, reiteramos, es ajena al Derecho Penal–, pero tampoco emplea los conceptos ni de “discapacitado” (es decir, quien tiene la discapacidad del art. 25 párrafo 1º del Código Penal, tras su redacción dada en 2015), ni, menos aun, de “discapacitado necesitado de especial protección”, que supone un *plus* tuitivo, de personas que requieran apoyo o asistencia para su autogobierno, a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente; sino que iba más allá, cuando hablaba de “*personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento*”, reduciéndose por tanto el campo de sujetos destinatarios de tal autorización judicial a personas con severas limitaciones intelectuales, que no pueden prestar en modo alguno el consentimiento para su propia esterilización, atendiendo a sus deficiencias intelectuales o de capacidad de comprensión.

desamparados o no sujetos a la patria potestad –por ejemplo, por fallecimiento de ambos progenitores– (cfr. nueva redacción del art. 199 CC, tras la Ley 8/2021); de manera que la institución de protección de las personas que tengan déficits en su autogobierno, se conducen al ámbito de la curatela (como norma general, cfr. nueva redacción del art. 249 CC, tras la Ley 8/2021), donde se establece un principio de excepcionalidad en la adopción de funciones “representativas” por parte del curador. Por ende, podrá existir, ya de lege lata, la figura de un curador con funciones representativas, cuya diferencia con el concepto del actual tutor (máxime, habida cuenta de la amplitud que permite el art. 760 LEC –en su redacción anterior a la modificación que impone también la Ley 8/2021–, en la determinación por el Juez en Sentencia de la extensión de la tutela, que llevaba a una capacidad de individualización del concreto sistema tuitivo) puede resultar un tanto difusa en la práctica. Así pues, aun cuando el legislador se reafirma en que la reforma va más allá de un aspecto meramente terminológico, lo cierto es que hay una realidad incuestionable, como es la de que ciertos individuos carecen de capacidad para autogobernarse o para operar de manera autónoma en el plano jurídico, y que, desde luego, requieren de un sustento superior a una mera asistencia. En tales casos, la “curatela representativa” aparece como una antítesis en sí misma, por cuanto la curatela es esencialmente asistencial, no representativa (elemento diferencial entre la curatela y la tutela). A tal efecto, no podemos dejar de recordar cómo advierte SCHÜNEMANN, B. (2014), “Die aktuelle Forderung einer Verbandsstrafe –ein kriminalpolitischer Zombie”, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 1/2014, p.15, “toda errónea nomenclatura será también un error sobre (la substancia de) las cosas”. En este sentido, también DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2013), *El vigor de las leyes: el campo semántico validez en el Diccionario de autoridades*, Prensas Universitarias de Zaragoza, p. 11, apunta certeramente cómo “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”. En este sentido, la “curatela representativa” que se plantea, en la esfera óptica, responde a la necesidad de dotar de un mecanismo de representación a ciertos individuos carentes de capacidad de obrar, más allá de que se busquen elementos eufemísticos o un tratamiento aparentemente menos “invasivo”, que, en otro sentido, puede interpretarse también como infraprotector.

A partir de la derogación efectuada, debemos reconocer, sin limitación alguna, como en el ordenamiento español consagra un abstracto derecho a reproducirse de las personas afectas, no solo de una discapacidad intelectual (de aquellas que podrían subsumirse en el concepto del art. 25 párrafo 2º del vigente CP), sino de aquellas que no pudieran siquiera prestar el consentimiento a que se refería el art. 156, para poder autorizar su esterilización, coherentemente con las exigencias del art. 23.1⁷⁵⁸ de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 2006.

Hablar de discapacidad es, necesariamente, introducirnos en una realidad extraordinariamente compleja, hasta el punto de que, en efecto, las generalizaciones no son deseables. Máxime, cuando ello choca precisamente con uno de los postulados básicos de las normas jurídicas (no solo de las penales, sino en abstracto, de todas ellas, como es su generalidad o vocación de normar las distintas realidades de manera global).

⁷⁵⁸ Que señala: “1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;

b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”

La derogación del art. 156 párrafo 2º del Código Penal tiene que ser interpretada teleológicamente, en atención a la *voluntas legislatoris* que tras ella subyace, y que no solo pretende una adecuación a los textos internacionales. Cabe afirmar que se valora favorablemente la necesidad de eliminar la restricción a la capacidad reproductiva de ciertos individuos, afectos de una situación que les impide poder formar una voluntad libre para decidir sobre su propia esterilización –que era lo que se suplía judicialmente y de forma excepcional, en atención a la ponderación de bienes jurídicos presentes en liza–, sino que, inmediatamente se debe colegir que se reconoce, con ello, el derecho al desarrollo de las conductas adecuadas para la procreación. Ello nos conduce al objeto de nuestro análisis.

A partir de esta norma, entendemos que es perfectamente compatible un concepto de indemnidad sexual que abarque a los discapacitados necesitados de especial protección o personas con limitaciones para formar autónomamente su voluntad, a pesar de la abolición de la esterilización, que no está necesariamente ligado.

La propia norma, en cierta manera, presumía la existencia de una potencial sexualidad activa (no censurada legalmente) respecto de personas con esta situación de discapacidad cognitiva –ya que, respecto de las que sólo se ven afectas de una cuestión física, en nada les incumbe el meritado precepto–, por cuanto, si bien disponía lo correspondiente en el art. 156 párrafo 2º, hoy derogado, el Código Penal en ningún momento en los delitos del Título VIII castiga el sexo consentido con una persona con discapacidad intelectual o

con dificultades en este ámbito para expresar su voluntad, siempre que se pueda aseverar que el consentimiento existe (caso contrario, estaríamos en el marco de la agresión sexual).

Ciertamente, el art. 180.1. 3ª CP en relación con los arts. 178-179 del CP vigente, establece una circunstancia que agrava las agresiones sexuales – sean o no con penetración–, *“cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181”*. En virtud de lo precedente, ¿tal cuestión significa ello que las personas especialmente o esencialmente vulnerables, por una situación de discapacidad, están privadas de libertad sexual positiva? Entendemos que no. Tanto en lo que hemos llamado la proyección autorreflexiva (es decir, en la propia satisfacción sexual autónoma), como en la proyección interactiva, siempre que existan elementos suficientes desde el punto de vista mental para poder considerar la existencia de una capacidad natural básica de entender la naturaleza del acto sexual y la clase de interacción que ello supone, no puede negarse la licitud de la relación sexual⁷⁵⁹.

La licitud puede predicarse no solo respecto de una persona que se halle en una situación semejante de discapacidad (lo que sería una suerte de extrapolación de los planteamientos que estamos realizando sobre la

⁷⁵⁹ Sobre el ejercicio activo de la sexualidad por discapacitados intelectuales, reflexiona GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2022). El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros. En *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección* (pp. 97-142). Tirant lo Blanch, pp.140-142.

cláusula del art. 183 bis CP), sino también respecto de una persona que no tenga dichos déficits cognitivos o intelectuales, por cuanto, de otra manera, se estaría planteando una perspectiva del espectro relacional-emocional y sexual de estas personas limitado a una máxima de *par cum paribus*. Tal planteamiento resultaría, a nuestro juicio, discriminatorio, si es formulado en términos generales.

Por otra parte, respecto de la forma de ejercicio activo de la sexualidad, se ha aducido, desde el campo de la bioética, la necesidad de reconocer un derecho “al sexo” de los discapacitados⁷⁶⁰. En este momento, el paso siguiente es reconocer una indisponibilidad, por parte de los poderes públicos, de la capacidad de limitar las facultades reproductivas de estas personas. Ello, inexorablemente lleva a la permisión, sin mayor límite que las disposiciones generales comunes, de las relaciones y prácticas sexuales, imprescindibles para la reproducción; así como otras diversas, no necesariamente enfocadas a tal finalidad, que sean manifestación de su libertad volitiva o de su búsqueda de satisfacción sexual.

⁷⁶⁰ Como reflexiona GARCÍA ÁLVAREZ, ya en su momento se ha abogado por reconocer un derecho al sexo del discapacitado, acudiendo a la cita de PEDRAJAS ORTIZ, A. (2003). La esterilización del disminuido psíquico agrede su dignidad. *Bioética y Ciencias de la Salud*, 4, 1-8. https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/procreacion/Esteriliz_dismin_psiqu_1.pdf, quien manifiesta cómo (p.4) “El incapacitado, en vez de recibir ayuda para integrarse en la vida social, en un acompañamiento vigilante, es abandonado a su propia soledad e, incluso, estimulado a vivir de modo inhumano su propia corporalidad, cuando no a ser objeto de abuso “sin consecuencias molestas”. Así el presunto “derecho a la sexualidad” se convierte en la fácil excusa para un grave abandono a la suerte “sexual” del incapacitado y una renuncia de la sociedad a atender subsidiariamente su necesidad de integración, con excusa de bienestar social, cuando no descaradamente eugenésica”. Incluso desde el CERMI, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (2012, 21 junio). El CERMI denuncia centros para personas con discapacidad que imponen esterilización a algunas mujeres. Cermin Semanal nº 39., en <http://semanal.cermi.es/noticia/CERMI-denuncia-centros-discapacidad-imponen-esterilizaci%C3%B3n-femenina.aspx>, donde su portavoz, Ana Peláez llegó a considerar esta medida de esterilización como un factor criminógeno del abuso sexual de estas mujeres, aduciendo la idea de que “la exposición al abuso sexual de estas mujeres es “mucho mayor”, ya que el abusador sabe que no habrá consecuencias visibles al no haber posibilidad de embarazo”.

La conclusión a la que llegamos es que no resulta procedente aseverar que las personas discapacitadas necesitadas de especial protección sean titulares del bien jurídico de la indemnidad sexual en los mismos términos que los menores, sino en un contenido particular, relativo a la protección de tales individuos (que, generalmente, gozan de libertad sexual), respecto de situaciones en las que el sujeto activo no se relacionare con los mismos en condiciones de libertad, sino en un ámbito de prevalencia de sus aptitudes cognitivas o intelectuales respecto del sujeto pasivo, abusando de dicha relación de superioridad, que determinaren la obtención de un consentimiento sexual viciado precisamente por tal razón⁷⁶¹.

En este caso, no se trata, como con los menores, de garantizar una indemnidad sexual entendida como la preservación de inferencias negativas del proceso evolutivo de formación de su personalidad sexual, sino de amparar a tales individuos frente a las situaciones en las que el consentimiento no sea expresión de una libre determinación, sino de un aprovechamiento de su particular situación por el sujeto activo, que gane con ello una preminencia o posición de control en la interacción sexual, a modo de instrumentalización para tales fines de la persona con discapacidad intelectual. Cuando el art. 178.2 CP sanciona como agresión sexual los actos sexuales *“que se ejecuten sobre personas (...) de cuya situación mental se abusare”*, se refiere tanto a los actos in consentidos en sentido

⁷⁶¹ No reducimos el planteamiento a casos de engaño, sino a supuestos en los que se aproveche el sujeto activo de factores de desinhibición del sujeto pasivo para procurar obtener un consentimiento “abusando” de dicha situación. Pensamos en supuestos como los de fases iniciales de enfermedades neurodegenerativas, como las demencias, que afectan a los límites inhibitorios sexuales con alguna frecuencia, por ejemplificar un caso diverso de la propia discapacidad intelectual, en un sentido de limitación de bases cognitivas.

estricto, como los que se hubiera obtenido un consentimiento viciado por tal circunstancia.

No obstante, reiteramos en que el sujeto discapacitado puede engendrar o gestar (según proceda), y no se podrá impedir su reproducción bajo ninguna forma. En ese sentido, a diferencia del menor de 16 años, habrá de colegirse que puede mantener relaciones sexuales libremente⁷⁶², siempre que se fundamente el consentimiento en la libre relación entre los intervinientes, así como que la relación no sea abusiva por las manifiesta relación del poder a favor del sujeto activo.

Lo anterior no obsta para que la situación de discapacidad no tenga una especial contemplación por el Derecho, en atención a sancionar aquellos supuestos particulares de obtención del consentimiento en razón del estado y condiciones psíquicas del sujeto pasivo (arts. 178.2 y 180.1. 3º CP), en la que la anuencia o voluntad no sea manifestación de una libertad, sino expresión de una disfuncionalidad relacional.

b. Las últimas normas sobre discapacidad, la Ley 8/2021 que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁶³ y a la Ley Orgánica 2/2018, que modifica la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de 1985, para garantizar el voto de los discapacitados⁷⁶⁴, apuntan a un proceso de

⁷⁶² Como tuve ocasión de explorar, monográficamente, en FUERTES-IGLESIAS, C. (2022). Libertad sexual y salud reproductiva en los supuestos de vulnerabilidad por razón de discapacidad intelectual y/o trastornos psíquicos: un comentario a propósito de la Ley Orgánica 2/2020. En J. MARTÍN OSTOS (Dir.); B. MARTÍN RIOS (Coord.), *Derecho y Colectivos Vulnerables* (pp. 71-83). Astigi.

⁷⁶³ Cfr. lo señalado en la n. 230.

⁷⁶⁴ En concreto, la modificación efectuada en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, en lo referente al ejercicio del derecho de sufragio activo (art. 3 LOREG), se puede sintetizar en:

eliminación del sistema normativo español de las medidas de protección de los sujetos afectos por discapacidades, en diversos ámbitos –civil, político, etc.–.

Lo anterior, abunda la postura que hemos sostenido, en la que debe conjugarse el predicado general del derecho a libertad sexual positiva de la persona con discapacidad, con la necesaria protección penal derivada de las peculiaridades de una situación de especial vulnerabilidad, a los efectos de

-
- i) Se lleva a cabo la derogación de las causas b y c del citado precepto, que fijaba que carecían de derecho de sufragio: “b) *Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio*” y “c) *Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio*”, de forma que subsiste solo la limitación del derecho de sufragio activo a los condenados por sentencia firme, como pena principal o accesoria, a tal aspecto
 - ii) Se establece una regla general, en el art. 3.2 LOREG, que fija que : “*Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera*”.
 - iii) Se produce una pérdida de efecto, *ministerio legis*, de cualquier resolución judicial que sea limitativa de estos derechos políticos que hubiera sido dictada con anterioridad a la norma, por las causas señaladas, de automática aplicación.

En este sentido, ya ha habido ocasión de que la Junta Electoral Central haya fijado una serie de criterios interpretativos de estos cambios legislativos, en concreto, en su Instrucción nº 7/2019 (BOE 21 de Marzo de 2019, nº 69, pp. 28832 a 28833), con tres apuntes esenciales: 1º) Se instruyó a la Oficina del Censo Electoral para rehabilitar a todos aquellos ciudadanos a quienes se hubiera excluido del censo de electores por las causas del art. 3 b) y c) LOREG; 2º) “Las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral”; 3º) “En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte”. Esta disposición, nos permitimos señalar, no parece desplegar una efectividad real en el proceso electoral, sino más bien simbólica, en tanto que el voto es secreto y una vez depositado e introducido en la urna, aun cuando se verifique *ex post factum* que el votante sospechoso de no ejercer el derecho de forma consciente, libre y voluntaria (juicio de apoderados o interventores, a los que resulta difícil presumir una superior capacidad de valoración de las carencias de tales aspectos, salvo que resulten groseramente evidentes para cualquier lego) estaba limitado en sus facultades, no habría forma real de poder impugnar la validez de su voto, si es que tal cuestión estuviera prevista expresamente, como consecuencia de lo anteriormente señalado (que no es el caso) sin perjudicar o anular los de toda la mesa electoral. Por tanto, resulta una previsión jurídicamente inidónea o ineficaz en un plano real.

reconocer la relevancia en el ámbito de la agresión sexual de tal estatus, solo para el caso de que se “abusare”⁷⁶⁵ de la situación.

En adición a lo reseñado anteriormente, como nos recuerda el Tribunal Supremo⁷⁶⁶, la mera existencia de ciertas alteraciones (e.g. retraso mental) *“no es incompatible con la capacidad de autodeterminación sexual y no se patentiza en un consentimiento esencialmente viciado”*.

D) Próxima al depósito de este trabajo doctoral, ha sido promulgada la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, conocida popular o abreviadamente como la “Ley Trans”, que ha traído consigo una evolución destacable en lo que refiere, para la materia que estamos investigando, en clave de los derechos de autodeterminación sexual de los menores.

El texto meritado en su artículo 43.2 permite a la persona “mayor de 14 años y menor de 16 años”, presentar por sí mismas la solicitud de rectificación registral del sexo mencionado en el Registro Civil –esto es, un cambio de sexo a los efectos de su estado civil, concebido en los términos del art. 4 de la Ley 20/2011, del Registro Civil–, requiriéndose simplemente la “asistencia” (que no la representación, nótese la diferencia), de sus representantes legales, previéndose, en caso de discrepancia entre los

⁷⁶⁵ Es la única referencia que, en la regulación de la agresión sexual tras la LOGILS, se mantiene al verbo “abusar”.

⁷⁶⁶ V. STS, Sala II, nº 596/2022, de 15 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2501), FJ 5º; y en esta línea, las SSTs, Sala II, nº 127/2017, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:740); nº 1035/2010, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:6550) y nº 1308/2005, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6640).

progenitores y el menor, la posibilidad, *ex art. 300 CC*, del nombramiento al mismo de un defensor judicial. Más allá aun, se establece en el apartado 4 del mismo precepto, que *“las personas menores de catorce años y mayores de doce podrán solicitar la autorización judicial para la modificación de la mención registral del sexo en los términos del capítulo I bis del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria”*.

Vista esta premisa, podemos afirmar una suerte de autodeterminación de sexo a partir de los 12 años de edad –con autorización judicial–, pero desde los 14 años –con plena voluntad del menor, bastando una simple asistencia–, que trae consigo una rectificación en su caso de una inscripción registral que atañe al estado civil del menor, sin necesidad de tratamiento hormonal ni ningún otro aspecto exógeno o añadido a la mera declaración de voluntad del sujeto.

Debemos señalar que esta norma es novedosa, en cuanto a que su alcance es nacional y afecta a instituciones cuya competencia es exclusiva del Estado (como la ordenación de los Registros e Instrumentos públicos, *ex art. 149.1. 8º CE*). Ello no significa que actualmente no existiera ya una nutrida legislación administrativa autonómica, en concreto de 10 comunidades autónomas, con extensas normas en este sentido, en el que, dentro de las materias de su competencia, tienen como rasgo común la autodeterminación de género sin necesidad de diagnóstico alguno – recordemos que la transexualidad no es considerada, desde 2018, por la

OMS, como una patología mental– y sin necesidad de tratamiento hormonal⁷⁶⁷.

Precisamente, de una interpretación conjunta, de la legislación administrativa estatal y autonómica en esta materia, resulta difícil sostener un concepto de indemnidad sexual que no sea, como hemos advertido, seriamente reformulado en el sentido propuesto.

Si el menor de edad, al menos desde los 12 años puede solicitar, y desde los 14, tomar la decisión –asistido, no representado–, de promover la variación registral del sexo como estado civil, cabe plantearnos hasta qué punto esta decisión es menos influyente en el desarrollo de la personalidad sexual que, por ejemplo, un simple beso o tocamiento con una persona joven (mayor de edad, por ejemplo, de 18 años).

⁷⁶⁷ A título ilustrativo, véase en Andalucía, Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; en Aragón, Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación; en Baleares, Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia; en Cantabria, Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género; en Cataluña, Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; en País Vasco, Ley 9/2019, de 27 de junio, de modificación de la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; en Extremadura, Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género; en Comunidad de Madrid, Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; en Murcia, Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género; en la Comunidad Foral de Navarra, Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; en la Comunidad Valenciana, Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género.

En la medida que la protección de la indemnidad sexual se justifica, precisamente, en la necesidad de abarcar una esfera de indisponibilidad (pese a la voluntad del sujeto) para mantener relaciones con personas que, a la postre, puedan afectar negativamente a su desarrollo de la personalidad sexual, parece conveniente el planteamiento acerca de si una decisión con el alcance, envergadura y efectos del nivel de la variación del estado civil no trae consigo la necesidad de exigir, de forma acorde a las garantías precisas para el propio menor, una particular capacidad de madurez y conocimiento de la significación y alcance de tal decisión, así como de las innegables consecuencias que tal determinación puede tener en el desarrollo de su sexualidad. Es difícil concitar el reconocimiento de un marco de libertad para tomar estas decisiones por el menor, aun asistido, como parte del proceso madurativo, y negarle, por el contrario, otras manifestaciones de la sexualidad activa.

Por ello, como hemos planteado ya en varios momentos, la edad de consentimiento sexual en España no debiera mantenerse en 16 años, si se pretende conservar alguna coherencia sistemática, con disposiciones como la que hemos valorado en este epígrafe conclusivo, como tendremos ocasión de analizar en la Parte IV de este trabajo.

**PARTE CUARTA. - LA CLÁUSULA DE EXENCIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL ART. 183 BIS CP**

CAPÍTULO I.-

LA EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL EN ESPAÑA PARA LA APLICACIÓN DEL ART. 183 BIS CP. ESTUDIO DEL MARCO COMPARADO Y VALORACIÓN DE LA ELEVACIÓN DE 13 A 16 AÑOS DE LA EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO

1. Breve justificación del planteamiento acerca de la edad de consentimiento sexual y de las referencias al Derecho comparado.

En la reforma del Código Penal de 2015, por la Ley Orgánica 1/2015, como hemos tenido ocasión de mencionar en momentos precedentes de la exposición, se vino a establecer una nueva edad para poder asumir la validez del consentimiento en materia sexual, en el hito de los 16 años, lo que supuso una drástica elevación en 3 años (desde 13) respecto del momento previo a dicha modificación.

Una variación de tal calado sería razonable pensar que vino amparada en justificaciones profundas, de carácter penal, sociológico o criminológico, que amparen tal determinación. Más allá de un guarismo, con la fijación de la edad de consentimiento sexual se articula un eje cardinal respecto al desarrollo de la personalidad sexual de los adolescentes menores de edad. La fijación de una alteración del límite cronológico para dotar de validez al consentimiento sexual debía responder, idealmente, a una serie de presupuestos esenciales, cuya respuesta determinan la conveniencia y, en su caso, el sentido que ha de adoptar el cambio: ¿debe el Derecho Penal sancionar la actividad sexual de menores de

edad?, ¿en qué criterios ha de fundarse el establecimiento de un punto o límite cronológico u otro?, ¿qué se pretende proteger a través de la intervención penal? ¿qué otros bienes pueden verse afectados? Y quizá, una última cuestión, es la de plantear si este límite debe relacionarse con otros hitos que el ordenamiento fija en el desarrollo de las capacidades del menor en su evolución hacia su crecimiento.

Estas debieran ser las hipótesis esperables en una construcción prelegislativa racional. Para alcanzar una meta normativa, es preciso fijar un objetivo, unas fases o etapas y asumir una serie de consecuencias o resultados en el conjunto del “ecosistema normativo”. En un momento como el actual, con una profusión normativa como no se ha conocido en el Derecho Penal y con una marcada impremeditación de las consecuencias sistemáticas que conlleva la aprobación de ciertas normas⁷⁶⁸, es preciso estudiar retrospectivamente si la elevación de la edad de consentimiento de 13 a 16 años fue una decisión adecuada, desde el plano de su fundamentación técnica, la valoración de sus consecuencias y la coherencia de tal posición, a la luz de otras posturas del propio legislador sobre la capacidad del menor de edad (particularmente, en aspectos que atañen a esferas de la libertad e indemnidad sexuales, como es la cuestión de la asignación y cambio de sexo).

Que el Derecho Penal intervenga para la protección del menor en el ámbito de su desarrollo sexual, como mecanismo de garantía de la formación libre de su personalidad, es un aspecto que responde al consenso, casi unánime, de la

⁷⁶⁸ Véase la recentísima reforma del Código Penal mediante la LOGILS, cuya nueva “contrarreforma” se está tramitando, a escasos meses de su entrada en vigor, como paradigma de la inestabilidad de criterio por el legislador español, sumido en una vorágine que parece no encontrar límite.

sociedad, exceptuándose algunas minoritarias posturas, que hemos tenido ocasión de referenciar en la parte I de esta Tesis⁷⁶⁹.

⁷⁶⁹ Por reciente, conviene advertir que, casi al tiempo de depósito de esta tesis, tuvo lugar la publicación de un texto articulado sobre principios en materia de delitos sexuales, por parte de la ICJ (International Commission of Jurist), en el que se aboga en su artículo 16, por censurar la “discriminación” por razón de edad de los menores en el ámbito sexual, lo que conduce implícitamente a una postura favorable a que éstos puedan mantener relaciones sexuales con independencia de su edad. Concretamente, se señala: “*Consensual sexual conduct, irrespective of the type of sexual activity, the sex/ gender, sexual orientation, gender identity or gender expression of the people involved or their marital status, may not be criminalized in any circumstances. Consensual same-sex, as well as consensual different-sex sexual relations, or consensual sexual relations with or between trans, non-binary and other gender diverse people, or outside marriage – whether pre-marital or extramarital – may, therefore, never be criminalized. With respect to the enforcement of criminal law, any prescribed minimum age of consent to sex must be applied in a non-discriminatory manner. Enforcement may not be linked to the sex/gender of participants or age of consent to marriage. Moreover, sexual conduct involving persons below the domestically prescribed minimum age of consent to sex may be consensual in fact, if not in law. In this context, the enforcement of criminal law should reflect the rights and capacity of persons under 18 years of age to make decisions about engaging in consensual sexual conduct and their right to be heard in matters concerning them. Pursuant to their evolving capacities and progressive autonomy, persons under 18 years of age should participate in decisions affecting them, with due regard to their age, maturity and best interests, and with specific attention to non-discrimination guarantees*” (Traducción: “La conducta sexual consentida, independientemente del tipo de actividad sexual, el sexo/género, la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género de las personas implicadas o su estado civil, no podrá ser tipificada como delito en ningún caso. Las relaciones sexuales consensuadas entre personas del mismo sexo, así como las relaciones sexuales consensuales entre sexos diferentes, o las relaciones sexuales consensuadas con o entre personas trans, no binarias y de otro género diverso, o fuera del matrimonio, ya sea prematrimonial o extramatrimonial, por lo tanto, nunca pueden ser criminalizadas. Con respecto a la aplicación de la ley penal, cualquier edad mínima prescrita para el consentimiento sexual debe aplicarse de manera no discriminatoria. La ejecución no puede estar vinculada al sexo/género de los participantes o la edad de consentimiento para el matrimonio. Además, la conducta sexual en la que participen personas menores de la edad mínima de consentimiento para las relaciones sexuales prescrita en el país puede ser consentida de hecho, si no de derecho. En este contexto, la aplicación de la ley penal debe reflejar los derechos y la capacidad de las personas menores de 18 años para tomar decisiones sobre la conducta sexual consentida y su derecho a ser escuchados en los asuntos que les conciernen. De acuerdo con sus capacidades evolutivas y su autonomía progresiva, las personas menores de 18 años deben participar en las decisiones que les afectan, teniendo debidamente en cuenta su edad, madurez e interés superior, y con especial atención a las garantías de no discriminación”).

Precisamente, la protección de la indemnidad sexual de los menores de 16 años en España, parte de la premisa de discernir, mediante la fijación de tal límite de edad, un marco de permisión de la actividad sexual como manifestación de la libertad sexual positiva de proyección interactiva, frente a un plano –menores de 16– en el que se predica, generalmente, la ausencia de capacidad de consentimiento sexual, excepto entre próximos en edad y grado de desarrollo o madurez físico y psicológico. En efecto, toda regulación que establezca un límite de edad de consentimiento supondría, a juicio de esta propuesta intelectual, una “discriminación” por razón de edad, respecto del presunto derecho de los menores a poder interactuar en la esfera sexual sin discriminación (esto es, diferenciación) por razón de edad. Por tanto, este postulado conduce, sin forzamiento alguno, a abrir la puerta a una equivalencia simple entre la capacidad natural y la capacidad para consentir válidamente en la esfera sexual, que choca con los planteamientos de cualquier sistema en que se fije una edad de consentimiento superior a la que se predicaría para poseer un simple discernimiento que permitiera un consentimiento (o asentimiento) sexual.

La pertinencia de proteger a los menores de edad inferior a ciertos límites (variables, según los diversos ordenamientos), superiores a los que marca naturalmente la mera capacidad de discernir⁷⁷⁰, responde a preservarles respecto de las interacciones sexuales con terceros, sean o no expresión de un deseo o voluntad natural de dichos menores, por cuanto existe una censura justificada por la existencia de una intrínseca posición de poder, dominio o influencia psicológica que se presume *iuris et de iure* respecto de los adultos que con ellos desarrollen dicha actividad⁷⁷¹.

Existe una desaprobación social mayoritaria respecto de las relaciones sexuales con menores de cierta edad, no porque empíricamente esté acreditada, de forma indefectible, una lesión potencial o actual de su personalidad sexual en sentido estricto. La cuestión estriba en la instrumentalización y capacidad de control que ha de presumirse de un adulto con diferencia de edad y madurez respecto del menor. Tal postura no es, simple o solamente, una cuestión de moral sexual colectiva⁷⁷² (es decir, una valoración negativa o “repulsión” hacia la

⁷⁷⁰ V. MIR PUIG, S. (2011). *Derecho Penal Parte General* (9.^a ed.). Reppertor, p. 531, cuando advierte en la edad de consentimiento sexual una excepción a la exigencia de una capacidad natural suficiente.

⁷⁷¹ Como recuerda la STS nº 411/2006, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2006:2619) el menor, por debajo de la edad de consentimiento (en aquella sentencia, la edad legal era 13 años) “es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándose toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido”. También sobre esta cuestión, BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc>, p. 18; *idem* (2022a). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M. A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2.^a Ed., pp. 199-220). Editorial Comares, pp. 200-202;

⁷⁷² Asumimos como un hecho indefectible que, en la regulación de los delitos, y particularmente, en los sexuales, la protección penal se sustancia en la valoración y desvaloración de las conductas, en atención a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que son especialmente apreciados por la sociedad. Tanto las formas de afección como la propia estimación de tales bienes, se funda, entre otros elementos, en valores morales dominantes o preponderantes. Por ello, aunque la intervención de la moral sexual ha de procurarse que sea absolutamente limitada, en un plano ideal –y así nosotros lo concebimos–, en la praxis tiene un peso destacado en los postulados que sustancian la regulación.

conducta), sino que se ampara también en una coherente interpretación de principios constitucionales y de derechos humanos, que el ordenamiento penal está llamado a tutelar en última instancia, como es la dignidad de la persona (en este caso, del menor), cuya instrumentalización sexual sería contraria a tal concepto, así como del deber del Estado, en el marco de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución, de preservar a la infancia (art. 39.4 CE y art. 34 del Convenio Internacional de los Derechos del Niño de 1989, de la Organización de las Naciones Unidas; y art. 9 del Convenio de Budapest de 2011, del Consejo de Europa), así como la salud de los ciudadanos (art. 43 CE)⁷⁷³.

La protección de la indemnidad sexual trata de proteger un desarrollo autónomo del menor, conforme a su naturaleza, intereses y circunstancias. Si bien el ordenamiento no debe garantizar que sea un desarrollo “normal”, sino libre de influencias externas nocivas o puedan causar un impacto desestabilizador o que altere la trayectoria propia del individuo, cualquiera que sea el resultado que se llegue a desarrollar en la edad adulta⁷⁷⁴. Dichas relaciones asimétricas se sustancian, por su propia esencia, en una situación de prevalencia del adulto respecto del menor con una diferencia de edad y madurez que les sitúa

⁷⁷³ En el ámbito anglosajón, la cuestión de la pedofilia se enfoca, en diversos estudios, como una cuestión de salud pública. A tal efecto, v. MCCARTAN, K. (2008). Current understandings of paedophilia and the resulting crisis in modern society. *Nova Biomedical eBooks*. https://wccsj.ac.uk/images/docs/mccartan_paedophilia_and_the_crisis_in_modern_society.pdf

⁷⁷⁴ Es decir, se pretende preservar al menor de influencias externas que puedan condicionar o afectar el desarrollo de su personalidad sexual, precisamente por la maleabilidad en este ámbito, hasta que el sujeto conforma, de acuerdo con su personalidad y los factores fenotípicos, su escala de preferencias e inclinaciones, como una manifestación de su identidad personal. La relación del concepto de identidad sexual con identidad personal, lo extraemos de LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J. (1997). *La problemática jurídica de la transexualidad*. McGraw Hill, p. 110 y de HERNÁNDEZ GIL, F. (1999). La transexualidad. En *Libro homenaje a Jesús López Medel* (pp. 2363-2398). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 2395.

en una asimetría relacional, en la que el riesgo de perjuicio del menor es suficiente para que el Derecho Penal responda mediante la sanción. No es preciso que se evidencie una particular lesión psíquica ni un trastorno en el desarrollo de la sexualidad del menor concretamente involucrado en la acción sexual para entender consumado el delito, puesto que tal resultado no forma parte del tipo. Es un delito en el que se castiga la mera actividad sexual con el menor, no un resultado expreso de lesión de su personalidad sexual.

No obstante, la Ley Orgánica 1/2015, en su exposición de motivos, acude a una justificación en la que no se responden a los interrogantes retóricamente formulados en este epígrafe, sino que se aducen dos razones fundamentales para justificar el incremento de 13 a 16 años como límite de edad de consentimiento sexual, a saber:

1º) La comparativa con otros países europeos, donde la edad de consentimiento se fija por encima de 13 años –señala la norma que entorno a 15 o 16 años–, refiriéndose que España se encontraba entre una de las más bajas de nuestro entorno y del Mundo en aquel momento.

2º) La recomendación efectuada desde las Naciones Unidas, en concreto, del Comité sobre Derechos del Niño, que aconsejaba esta modificación para mejorar la protección de los menores, especialmente en materia de lucha contra la prostitución infantil.

Precisamente, en atención a la expresa referencia efectuada por la Ley Orgánica a la comparativa del tratamiento normativo en otros Estados, para

justificar la necesidad de aproximar nuestro límite de edad de consentimiento a los de aquellos, conviene efectuar una breve referencia comparada al tratamiento del consentimiento sexual en otros ordenamientos.

2. La edad de consentimiento y su regulación en la legislación extranjera.

Cada ordenamiento jurídico presenta sus peculiaridades en la regulación de los delitos sexuales contra menores, y en consecuencia, en la fijación de las circunstancias que marcan la licitud de las interacciones sexuales, no necesaria o únicamente cronológicas, sino que pueden verse además implicadas otra clase de cuestiones. Esencialmente, en los modelos confesionales, la existencia de una aprobación o desaprobación religiosa del tipo de relación que se trate, en razón del sujeto activo y pasivo, por razón de su sexo y/o cumplimiento de ciertos elementos o formalidades para validar la relación en el ámbito público, evitando la sanción penal⁷⁷⁵.

Por tanto, la exigencia exclusivamente de un umbral cronológico (al que se asocia una correlación madurativa y de desarrollo) es un elemento que se presenta como límite en sistemas de carácter democrático y donde rija una forma de estado aconfesional. En aquellos otros casos en que nos encontremos con Estados de carácter confesional, fruto de la conmixtión entre lo religioso y lo político, se podrán apreciar otra clase de limitaciones a la capacidad de consentimiento sexual no derivadas de la edad de los intervinientes.

⁷⁷⁵ De sumo interés, el tratamiento de TORRES, K. (2014). La reglamentación de la vida sexual en el islam: interferencia y fusión entre derecho y sexualidad. *Ambigua: Revista de Investigaciones sobre Género y Estudios Culturales*, 1, 75-98.

En cuanto a la elección de los países cuya referencia se efectúa en este estudio, radica en dos aspectos: en algunos casos, por la honda trayectoria de influjo en el Derecho Penal español (caso especialmente de Alemania, y en menor medida, también de Italia y Francia); en otros, por ocupar posiciones de vanguardia en el tratamiento de la delincuencia sexual a nivel mundial, en la medida de su influencia en otros ordenamientos (nos referimos, especialmente, a Gran Bretaña, Suecia y Estados Unidos, y en otro nivel pero también relevante, a Canadá).

Por último, la selección del ejemplo de Singapur deriva del interés del suscribiente doctorando por advertir un modelo de "*common law*" en el ámbito asiático, que resulta particularmente interesante por la fusión que presenta entre normas de Derecho Penal de la época colonial británica (es decir, norma arcaica), con la preponderancia consuetudinaria propia del sistema de *common law* a un entorno tan poliédrico en lo sociodemográfico (un crisol de ciudadanos de origen británico –de la época colonial–, chino, indio y malayo, fundamentalmente), que lleva a que el influjo del Derecho británico siga siendo preponderante en el ámbito penal, con adaptaciones propias de la idiosincrasia de un modelo de derecho criminal paradigmáticamente enfocado hacia la prevención general, lo que conduce a particularidades en diversos ámbitos, también en el tratamiento penal del consentimiento sexual y sus caracteres.

2.1 Alemania

El §176. 1 del StGB alemán viene a establecer una edad de consentimiento en 14 años para realizar actos sexuales, como regla general⁷⁷⁶; si bien, extiende la protección en la materia de corrupción de menores hasta los 16 años, e incluso 18 años, en los términos del §180 del mismo texto legal⁷⁷⁷.

⁷⁷⁶ §176.1 StGB “Wer sexuelle Handlungen an einer Person unter vierzehn Jahren (Kind) vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft”, traducción: “Quien realice actos sexuales con una persona menor de 14 años (niño) o haga que el niño realice actos sexuales con ella incurre en pena de prisión de entre seis meses y 10 años”.

⁷⁷⁷ Dice el §180 del StGB: “Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger.

(1) Wer sexuellen Handlungen einer Person unter sechzehn Jahren an oder vor einem Dritten oder sexuellen Handlungen eines Dritten an einer Person unter sechzehn Jahren

1.durch seine Vermittlung oder

2.durch Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit

Vorschub leistet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Satz 1 Nr. 2 ist nicht anzuwenden, wenn der zur Sorge für die Person Berechtigte handelt; dies gilt nicht, wenn der Sorgeberechtigte durch das Vorschubleisten seine Erziehungspflicht gröblich verletzt.

(2) Wer eine Person unter achtzehn Jahren bestimmt, sexuelle Handlungen gegen Entgelt an oder vor einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, oder wer solchen Handlungen durch seine Vermittlung Vorschub leistet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(3) Wer eine Person unter achtzehn Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut oder im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist, unter Mißbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit bestimmt, sexuelle Handlungen an oder vor einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) In den Fällen der Absätze 2 und 3 ist der Versuch strafbar”.

Traducción: §180 Código Penal alemán: Promoción de actos sexuales de menores.

(1) Quien se involucre en la realización de actos sexuales con una persona menor de 16 años, o de esta ante un tercero, o acciones sexuales de un tercero ante una persona menor de 16 años

1. a través de su intermediación o

2. a través de la creación o aprovechamiento de una oportunidad,

incurre en pena de prisión por un período de hasta tres años o multa. La frase 1 n° 2 no es aplicable si el infractor es la persona que tiene el deber de custodia del menor de 16 años. Lo anterior no se aplica si la persona que tiene el deber de cuidado y custodia viola gravemente su deber de cuidado y crianza.

(2) Quien haga que una persona menor de 18 años realice actos sexuales con o en presencia de una tercera persona o consienta actos sexuales realizados por una tercera persona a título oneroso, o quien ayude e incite a tales actos actuando como intermediario incurre en pena de prisión por un período de hasta a cinco años o multa.

(3) Quien haga realizar a una persona menor de 18 años a quien se le encomienda su crianza, educación o cuidado, o que sea su subordinado dentro de una relación de servicio o laboral por abusar de la dependencia asociada a la relación educativa, asistencial, de servicio o laboral, actos sexuales con o en presencia de una tercera persona o consintiere actos sexuales realizados por una tercera persona, incurre en pena de prisión por un período hasta cinco años o multa.

(4) En los casos de los apartados (2) y (3), la tentativa es punible.

2.2. Italia

El artículo 609 quater del Código Penal italiano⁷⁷⁸, viene a establecer un sistema sumamente interesante en lo referente a la edad de consentimiento. Por una parte, fija una edad mínima de consentimiento sexual en los 13 años de edad, cuando el otro integrante de la relación sexual no sea mayor de tres años (es decir permite las relaciones sexuales entre adolescentes).

Por demás, establece un límite en la edad de 14 años (en ese caso, no se valora la diferencia de edad con del menor con el *partenaire*), fijándose en 16 años la edad para entender válido el consentimiento, en los casos en que el culpable sea progenitor, el ascendiente incluso el adoptivo, el tutor, u otra persona a la que, por motivos de cuidado, educación, instrucción, supervisión o custodia, sea confiado el menor o que tenga, con este último, una relación de convivencia.

⁷⁷⁸ Fija el artículo 609 quater del señalado texto legal:

“Soggiace alla pena stabilita dall’ articolo 609 bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:

1) non ha compiuto gli anni quattordici;

2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l’ ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest’ ultimo, una relazione di convivenza.

Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell’ articolo 609 bis compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni.

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita fino a due terzi.

Si applica la pena di cui all’ articolo 609 ter, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci”.

Traducción:

“Todo aquel que realice actos sexuales con una persona, fuera de los casos previstos en dicho artículo, está sujeto a la sanción que establece el artículo 609 bis. en el momento del hecho:

1) no ha cumplido los catorce años;

2) es menor de dieciséis años, cuando el culpable sea el ascendiente, el progenitor, incluso el adoptivo, el tutor, u otra persona a la que, por motivos de cuidado, educación, instrucción, supervisión o custodia, el menor sea confiado o que tiene, con este último, una relación de convivencia.

El menor que, fuera de los supuestos previstos en el artículo 609 bis, realice actos sexuales con un menor que haya cumplido trece años, no es sancionado si la diferencia de edad entre los sujetos no supera los tres años.

En casos menos graves, la pena se reduce hasta en dos tercios.

La pena a que se refiere el artículo 609 ter, segundo párrafo, se aplica si el ofendido no ha cumplido los DÍEZ años”.

En último término, para reforzar la protección de los menores de corta edad de conductas de pederastia, se establece una modalidad punitiva cualificada, en el caso de que el menor que sea víctima tenga una edad inferior a 10 años. Por su parte, el artículo 609 quinquies⁷⁷⁹ del mismo texto, fija la edad de protección de la corrupción de menores en 14 años.

2.3. Francia

Se fija en el Código Penal francés, en su art. 227-25, una edad de consentimiento sexual en 15 años⁷⁸⁰. A la par, se extiende la protección de los menores en el ámbito de la corrupción de menores hasta la edad de 18 años, en el art. 227-27 del mismo texto⁷⁸¹. Señala a tal efecto VÉRON (2015, p. 279)⁷⁸², cómo la jurisprudencia francesa viene a admitir el error en cuanto a la cualidad de la edad como factor excluyente de la represión criminal, si ha sido provocado por

⁷⁷⁹ Establece el Artículo 609 quinquies del Codice Penal italiano, en su versión de 2020, sobre “Corruzione di minorenne” “Chiunque compie atti sessuali in presenza di persona minore di anni quattordici, al fine di farla assistere, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni”.

Traducción: “El que realice actos sexuales en presencia de una persona menor de catorce años, con fin de hacerle asistir a estos, es castigado con prisión de seis meses a tres años”.

⁷⁸⁰ Fija el art. 227-25 que “Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende”

Traducción: “El hecho, por parte de un mayor, de ejercer sin violencia, coacción, amenaza o sorpresa una agresión sexual a la persona de un menor de quince años es sancionado con cinco años de prisión y una multa de 75.000 euros”.

⁷⁸¹ Dice así dicho precepto:

“Les atteintes sexuelles sans violence, contrainte, menace ni surprise sur un mineur âgé de plus de quinze ans sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende

1° Lorsqu'elles sont commises par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ;

2° Lorsqu'elles sont commises par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions”.

Traducción: “El abuso sexual sin violencia, coacción, amenaza o sorpresa a un menor de quince años se castiga con tres años de prisión y una multa de 45.000 €:

1 ° Cuando sean cometidos por un ascendiente o por cualquier otra persona que tenga autoridad de derecho o de hecho sobre la víctima;

2 ° Cuando los cometa quien abuse de la autoridad que le confieren sus funciones”.

⁷⁸² V.VÉRON, M. (2015). *Droit pénal spécial* (15.^a ed.). Sirey.

el propio menor o es plausible tal supuesto de error⁷⁸³. Conviene destacar, como lo hace ANDRÉ (2021, p. 167)⁷⁸⁴, la modificación operada en 2021 en materia de incesto y protección a los menores en el ámbito de los delitos sexuales en Francia, que si bien no afecta estrictamente a la cuestión del límite de edad, sí supone una mayor intervención en la regulación de ciertas figuras (como los abusos incestuosos, aun vigentes en Francia⁷⁸⁵).

Autores como DREYER (2021, pp. 444 y ss.)⁷⁸⁶ sostienen que el Derecho Penal francés está dejando paso, o conjugándose con especial intensidad, con un *corpus* de Derecho Penal europeo, que se deja sentir en las últimas reformas legislativas en el Código Penal, cada vez más inspiradas en el peso de las directivas en esta materia.

No obstante, como sucede también en España, la transposición⁷⁸⁷ en materia penal, en la práctica, se está tornando en actos de mera traducción –

⁷⁸³ A tal efecto, véase como cita el autor antes referido, en Francia, la sentencia de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, de 7 de Febrero de 1957, publicada en el Boletín nº 186.

⁷⁸⁴ V. ANDRÉ, C. (2021). *Droit pénal spécial*. Dalloz.

⁷⁸⁵ Respecto de esta concreta materia, son provocadores los planteamientos de BREY, I. y DROUAR, J. (Eds.). (2022). *La culture de l'inceste*. Seuil, p. 75, que presentan la criminalización del incesto en Francia como una cuestión ligada a una vulnerabilidad del menor que no se produce por naturaleza, sino producto de las instituciones sociales.

⁷⁸⁶ V. DREYER, E. (2021). *Droit pénal général*. Lexis Nexis.

⁷⁸⁷ Esto es, la actividad desarrollada por los Estados Miembros, en la que se incorpora a su ordenamiento los resultados normativos finales determinados por los órganos legislativos de la Unión en las directivas. Recordemos que, conforme al art. 288 TFUE, se deja al libre arbitrio de los Estados Miembros el modo de incorporar tales elementos a su sistema. Sobre la forma y condiciones de esta actividad, se han pronunciado diversos órganos consultivos [v. Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national. (2007). En *Conseil d'Etat-République Française*; Consejo de Estado-España. (2008). *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales] y voces destacadas de la doctrina, como ALONSO GARCÍA, R. (2008). La inserción del derecho europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 12 (29), 7-17. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2598363.pdf>; ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2003). Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos. En X. ARZOZ SANTISTEBAN (Dir.), *Transposición de directivas y autogobierno* (pp. 75-147). Institut d'Estudis Autonòmics, entre otros.

además inexacta, en no pocas ocasiones– que puede afectar notablemente a las estructuras lógicas y sistemáticas de los Códigos Penales nacionales.

A tal efecto, presenta la incorporación del Derecho de la Unión, a través de los instrumentos de eficacia indirecta –de los que las Directivas son ejemplo– lo que entendemos como un cierto “efecto paradójico” en los ordenamientos nacionales. Por una parte, los sistemas nacionales se someten, a partir de esta clase de normas, a unas fuerzas centrífugas que cada vez tienden más a la unidad normativa –que no a una homogeneidad de mínimos⁷⁸⁸–; mientras que también existen otras centrípetas, que dan lugar a unas diferencias cada vez más acusadas dentro del propio sistema normativo de cada Estado en materia penal, al cuestionar los principios codificadores con una incesante sucesión de reformas parciales.

Tal situación hace caminar a los textos penales de los estados europeos hacia una “descodificación” en sentido material, puesto que, aunque formalmente siguen conservándose estructuras únicas, el modelo se acerca peligrosamente a la mera compilación de trasposiciones normativas supranacionales.

⁷⁸⁸ Justificamos nuestra afirmación en tanto que, de una exégesis conjunta de las últimas Directivas aprobadas por la Unión Europea, en los diversos ámbitos normativos, se aprecia a nuestro juicio un común elemento denominador, y es el del mayor detallismo en los resultados que se imponen a los Estados, transformándose en su sentido de una norma de “mínimos” a una de “máximos” comunes. Aspectos tales, en Derecho Penal, como la determinación de marcos mínimos de penas en algunas figuras, o la fijación de cauces procesales con plazos comunes en todo el ámbito europeo, entendemos que descienden a cuestiones de detalle que en otro tiempo no se habrían producido, y que evidencian una tendencia acusada al empleo de las Directivas con una proximidad en su contenido a otros instrumentos que sí son directamente vinculantes (y de los que cabe esperar tal tipo de redacción, por su esencia), como los Reglamentos.

2.4 Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte⁷⁸⁹

En Escocia, el texto legal de referencia es la Sexual Offences Act de 2009, en la redacción vigente desde el 1 de diciembre de 2010, donde se establecen tres edades límites para consentimiento sexual: Un límite absoluto, en la edad de 13 años, por debajo de la cual no cabe interacción sexual alguna que no sea criminalmente censurable, según la Sección 21 de dicho texto legal ⁷⁹⁰.

De 13 a 16 años, marco en el que cabe mantener ciertas interacciones (podríamos entender, a modo explicativo, de baja intensidad lúbrica), entre sujetos comprendidos en dicha franja de edad, siempre que sean, por supuesto,

⁷⁸⁹ El análisis en esta Tesis Doctoral se comenzó a realizar, respecto de estos países, en el marco de su pertenencia a la Unión Europea, sufriendose durante la dilatada redacción del estudio, el fenómeno del “Brexit”, siendo el primer país que abandona la Unión Europea en toda la historia de la institución. Ello no implica que, desde un punto de vista conceptual, por la honda influencia una buena parte de las normas del derecho continental del modelo británico de regulación de los delitos sexuales, de cuyo tratamiento existe consenso en considerarles pioneros –cuestión distinta es que su enfoque de intervención penal sea el adecuado–debamos prescindir de tales referencias, máxime en tanto que existen también a otros países ajenos al ámbito de la Unión Europea que se están analizando, y por cuanto, aunque es cierto que en el ámbito normativo de la Unión Europea, la influencia directa del citado país en los textos de derecho derivado ya no va a ser directa, al no ser una de las partes intervinientes, apostamos por una mantenida –e incluso, creciente–ponderación de sus criterios en las normas futuras, puesto que las líneas cardinales de la intervención penal en la protección de la libertad e indemnidad sexuales que se prevén –basta con analizar el texto del Proyecto de Directiva de 2023 en materia de violencia contra la mujer– y la propia exégesis de normas vigentes –la Circular 1/2023, de Fiscalía General del Estado– tienden hacia planteamientos maximalistas en la intervención penal, diluyéndose paulatinamente la relevancia de los factores subjetivos en los delitos sexuales, en pos de cuestiones de carácter objetivo. La presencia de conceptos como la “ignorancia deliberada” o la tendencia a la valoración del consentimiento desde el parámetro de una norma de cuidado, nos llevan a entender el triunfo de los postulados clásicamente defendidos por países como Reino Unido y los escandinavos, fundamentalmente.

⁷⁹⁰ Señala la norma: “If a person (“A”) intentionally causes a child (“B”) who has not attained the age of 13 years to participate in a sexual activity, then A commits an offence, to be known as the offence of causing a young child to participate in a sexual activity”.

Traducción: “Si una persona (“A”) provoca intencionalmente que un niño (“B”) que no ha cumplido los 13 años participe en una actividad sexual, entonces A comete un delito, que se conoce como el delito de provocar a un niño pequeño a participar en una actividad sexual”

libres y voluntarias, y que no sean relaciones de cópula, sexo oral o anal, como viene a deducirse de la Sección 28 del mismo texto⁷⁹¹.

Resulta realmente sorprendente la posibilidad de la comisión del delito sexual por imprudencia, es decir, porque exista una penetración no intencionada, un aspecto este que pretende extender el manto punitivo en todo lo posible, incluso hasta ese límite que llega a lo artificioso, en la medida de la extraordinaria dificultad de encontramos para explicar, desde el plano del delito imprudente, la mecánica sexual, donde una penetración por inobservancia de un teórico deber normativo de cuidado o un patrón de conducta estandarizado resulta inasequible a nuestra forma de concebir esta clase de delitos.

Un tercer límite, fijado en la edad de 18 años, protegiéndose en esos casos al menor de dicha edad respecto de relaciones con personas en las que medie una relación de confianza, entendida como una posición de garantía o cuidado, preservándose al menor de que se obtenga su anuencia, precisamente, por el prevalimiento de tal vínculo. Esta cuestión se regula en las secciones 42 y

⁷⁹¹ Se indica en dicho precepto: "If a person ("A"), who has attained the age of 16 years, with A's penis, penetrates to any extent, either intending to do so or reckless as to whether there is penetration, the vagina, anus or mouth of a child ("B"), who—

(a) has attained the age of 13 years, but

(b) has not attained the age of 16 years, then A commits an offence, to be known as the offence of having intercourse with an older child."

Traducción: "Si una persona ("A"), que ha cumplido 16 años, con el pene de A, penetra en cualquier medida, ya sea con la intención de hacerlo o imprudentemente en cuanto a si hay penetración, la vagina, el ano o la boca de un niño ("B"), quien—

(a) ha cumplido 13 años, pero

(b) no ha cumplido los 16 años, entonces A comete un delito, que se conoce como el delito de tener relaciones sexuales con un niño mayor".

siguientes del mismo texto⁷⁹². En el resto del Reino Unido, rige la Sexual Offences Act de 2003, de cuyas secciones 5⁷⁹³, 9⁷⁹⁴ y 13⁷⁹⁵, podemos extraer, en una imbricada regulación, las siguientes conclusiones o consideraciones:

- Se viene a establecer una edad de consentimiento en 16 años.
- Se establece, no obstante, como límite de protección reforzada, para los menores de 13, pudiendo llegar a la cadena perpetua la respuesta jurídica ante el delito sexual con penetración al menor de 13 años, sin necesidad de que concurra violencia o intimidación.
- En cuanto a su aplicación, resulta relevante la nota explicativa de la propia norma, en la que el legislador británico establece una importante precisión a los efectos que nos ocupan, respecto de la prosecución de las conductas sexuales llevadas a cabo con menores de 16 años por menores de edad, fijándose el criterio de los Fiscales

⁷⁹² En concreto, la base delictiva se configura en la Sección 42, cuando se señala: *"If a person ("A") who has attained the age of 18 years—*

(a) intentionally engages in a sexual activity with or directed towards another person ("B") who is under 18, and

(b) is in a position of trust in relation to B,

then A commits an offence, to be known as the offence of sexual abuse of trust".

Traducción: "Si una persona ("A") que ha alcanzado la edad de 18 años:

(a) participa intencionalmente en una actividad sexual con o dirigida hacia otra persona ("B") que sea menor de 18 años, y

(b) está en una posición de confianza en relación con B, entonces A comete un delito, que se conocerá como delito de abuso sexual de confianza"

⁷⁹³ Sección 5: *"A person commits an offence if—*

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and

(b) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life"

Traducción: "Una persona comete un delito si:

(a) Penetra intencionalmente la vagina, el ano o la boca de otra persona con su pene, y

(b) la otra persona es menor de 13 años.

(2) Una persona culpable de un delito en virtud de esta sección es susceptible, en el momento de la condena o la acusación, a cadena perpetua".

de la Corona, de acuerdo con su Código de actuación⁷⁹⁶. En estos descansa pues, no solo el ejercicio de la acción penal, que les es

⁷⁹⁴ Sección 9: "A person aged 18 or over (A) commits an offence if—

(a) he intentionally touches another person (B),

(b) the touching is sexual, and

(c) either—

(i) B is under 16 and A does not reasonably believe that B is 16 or over, or

(ii) B is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section, if the touching involved—

(a) penetration of B's anus or vagina with a part of A's body or anything else,

(b) penetration of B's mouth with A's penis,

(c) penetration of A's anus or vagina with a part of B's body, or

(d) penetration of A's mouth with B's penis,

is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

(3) Unless subsection (2) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years."

Traducción: "Una persona de 18 años o más (A) comete un delito si:

(a) toca intencionalmente a otra persona (B),

(b) el toque es sexual, y

(c) ya sea

(i) B tiene menos de 16 años y A no cree razonablemente que B tenga 16 años o más, o

(ii) B tiene menos de 13 años.

(2) Una persona culpable de una ofensa bajo esta sección, si el contacto involucró:

(a) penetración del ano o la vagina de B con una parte del cuerpo de A o cualquier otra cosa,

(b) penetración de la boca de B con el pene de A,

(c) penetración del ano o la vagina de A con una parte del cuerpo de B, o

(d) la penetración de la boca de A con el pene de B

está sujeta, en caso de condena o acusación, a prisión por un período no superior a 14 años.

(3) A menos que se aplique la subsección (2), una persona culpable de un delito según esta sección es responsable:

(a) en condena sumaria, a prisión por un período no mayor de 6 meses o a una multa que no exceda el máximo legal o ambas;

(b) en caso de condena por acusación formal, a pena de prisión por un período no superior a 14 años".

⁷⁹⁵ Sección 13: (1) A person under 18 commits an offence if he does anything which would be an offence under any of sections 9 to 12 if he were aged 18.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 5 years.

Traducción: "(1) Una persona menor de 18 años comete un delito si hace algo que sería un delito según cualquiera de las secciones 9 a 12 si tuviera 18 años.

(2) Una persona culpable de un delito bajo esta sección es responsable:

(a) en condena sumaria, a prisión por un período no mayor de 6 meses o una multa que no exceda el máximo legal o ambas;

(b) en caso de acusación formal, a pena de prisión no superior a 5 años".

⁷⁹⁶ Dice textualmente el comentario a la sección 13 de la Sexual Offences Act de 2003, literalmente: Section 13 makes it an offence for a person aged under 18 to do anything that would be an offence under any of sections 9 to 12 if he were aged 18 or over. The purpose of this section is to provide a lower penalty where the offender is aged

propia, sino la ponderación de una serie de factores para el análisis jurídico-penal del interés de tutela pública e de la intervención punitiva del Estado, como son la edad de las partes, su madurez (nótese la influencia de estos conceptos en nuestra legislación vigente), la voluntariedad y la inexistencia de vicios en el consentimiento o el abuso de confianza, entre otros aspectos.

En este sentido, resulta interesante los elementos clave para la valoración que ofrecen LAWS Y LEES (2007, p. 293)⁷⁹⁷, y que citamos textualmente:

“1.- El consentimiento es irrelevante.

2.- Existe una defensa en la creencia razonable de que el niño tiene 16 años o más. Esto no se aplica cuando el niño es menor de 13 años.

under 18. In practice (although there is no provision about this in the Act) decisions on whether persons under 18 should be charged with child sex offences will be made by Crown Prosecutors in accordance with the principles set out in the Code for Crown Prosecutors. In deciding whether it is in the public interest to prosecute these offences, where there is enough evidence to provide a realistic prospect of conviction, prosecutors may take into consideration factors such as the ages of the parties; the emotional maturity of the parties; whether they entered into a sexual relationship willingly; any coercion or corruption by a person; and the relationship between the parties and whether there was any existence of a duty of care or breach of trust.

Traducción: “El artículo 13 tipifica como delito que una persona menor de 18 años haga algo que sería un delito, según los artículos 9 a 12, si tuviera 18 años o más años. El propósito de esta sección es proporcionar una pena menor cuando el delincuente sea menor de 18 años. En la práctica (aunque no hay ninguna disposición al respecto en la ley), las decisiones sobre si las personas menores de 18 años deben ser acusadas de delitos sexuales contra menores las tomarán los Fiscales de la Corona, de conformidad con los principios establecidos en el Código de Fiscales de la Corona. Al decidir si es de interés público enjuiciar estos delitos, cuando existen pruebas suficientes para ofrecer una perspectiva realista de condena, los fiscales pueden tener en cuenta factores como la edad de las partes; la madurez emocional de las partes; si entablaron una relación sexual voluntariamente; cualquier coerción o corrupción por parte de una persona; y la relación entre las partes y si existió algún deber de diligencia o abuso de confianza”.

⁷⁹⁷ LAWS, E. Y LEES, P. (2007). *The Sexual Offences Referencer* (1.^a ed.). Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.

3.- *No es elemento de defensa que se trate de matrimonios legalmente establecidos (de extranjeros), donde una de las partes sea menor de 16 años”.*

Respecto de este último extremo, la cuestión de la existencia de un matrimonio entre víctima y agresor, para la jurisprudencia británica, hasta 1991, fue un elemento preponderante para negar relevancia criminal al posible delito sexual acaecido en el seno de dicha relación afectiva, salvo que existiera un *decree nisi* ⁷⁹⁸ o una orden judicial de cesación de convivencia marital. ⁷⁹⁹

La Cámara de los Lores dictó en 1991 una regulación que acaba con esa tradición normativa, según MARTIN (2014, p.200)⁸⁰⁰, ateniendo a los cambios en el estatus de la mujer, la relación de igualdad entre cónyuges en el matrimonio y el concepto de la ilicitud, que también sufre una evolución.

También es relevante en nuestro ámbito advertir que el mismo órgano, en emisión de su postura⁸⁰¹, en 2008, se ha pronunciado sobre la adecuación a la norma (Sexual Offences Act de 2003) para la persecución penal, en el caso de que tanto sujeto activo como pasivo

⁷⁹⁸ Primer paso para obtener legalmente el divorcio, en el que el órgano jurisdiccional no aprecia causa por la que no se pueda incoar y continuar el proceso de divorcio, en la legislación británica de 1973. Véase en el caso de *Regina vs. O'Brien* de 1974, de la Corte de la Corona de Bristol.

⁷⁹⁹ Así se aprecia en el caso *Regina vs. Clarke* de 1949

⁸⁰⁰ Sobre estas cuestiones profundiza Martin, J. (2014). *Criminal Law (Illustrated ed.)*. Routledge.

⁸⁰¹ Actúa, en el sistema británico, como última instancia penal, mediante los *Lords of Appeal in Ordinary*.

sean menores de 18 años, en atención al art. 8 del CEDH, en cuanto al respeto al derecho a la vida privada⁸⁰².

Por último, no podemos dejar de señalar que la misma Cámara tiene asentado los casos de agresión sexual a menores de 13 años como supuestos de *strict liability* (responsabilidad objetiva), y se requiere la ausencia de prueba razonable del conocimiento del autor sobre la edad del sujeto pasivo entre 13 y 16 años, como refieren ALLEN y EDWARDS (2021, pp. 502-503)⁸⁰³.

2.5. Canadá

La edad de consentimiento sexual en Canadá, se fijaba, hasta la modificación introducida en su Código Penal, por la *Tackling Violent Crime Act* de 2008, en 14 años, cuando se eleva a 16 años, modificándose el Código Penal canadiense a tal efecto, en su artículo 150.1. (1), que viene a establecer una irrelevancia general del consentimiento del menor de dicha edad⁸⁰⁴.

⁸⁰² V. Caso “G [2008] UKHL 37”, disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd080618/rvg-1.htm>

⁸⁰³ V. ALLEN, M. y EDWARDS, I. (2021). *Criminal Law*. Oxford University Press.

⁸⁰⁴ Dice el art. 150.1 del Código Penal canadiense de 1985, tras la modificación de 2008, por la meritada Ley, lo siguiente: “Subject to subsections (2) to (2.2), when an accused is charged with an offence under section 151 or 152 or subsection 153(1), 160(3) or 173(2) or is charged with an offence under section 271, 272 or 273 in respect of a complainant under the age of 16 years, it is not a defence that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge”

Traducción: “Sujeto a las subsecciones (2) a (2.2), cuando a un acusado le es imputado de un delito según la sección 151 o 152 o la subsección 153 (1), 160 (3) o 173 (2) o es acusado de un delito según la sección 271, 272 o 273 con respecto a un denunciante menor de 16 años, no es una defensa que el denunciante haya dado su consentimiento a la actividad que constituye el objeto del cargo”.

No obstante, el propio texto criminal regula unos rangos de edad, donde el consentimiento entre personas de edades próximas puede tener efectos eximentes de la responsabilidad criminal:

- Si el menor tiene 12 o 13 años de edad, puede consentir sexualmente interactuar con una persona que no tenga más de 2 años de edad que el citado, siempre que no medie una relación de autoridad entre ellos, o de dependencia o explotación, según el art. 150.1. (2) del mismo cuerpo legal⁸⁰⁵.
- Si el menor tiene 14 o 15 años de edad, se amplía el rango de personas con quien pueden mantener relaciones, dotándose de validez al consentimiento cuando el otro integrante de la relación no tenga más de 5 años de diferencia, y, nuevamente, no medie una relación de autoridad entre ellos, o de dependencia o explotación, conforme al art. 150.1. (2.1) del

⁸⁰⁵ Dice el art. 150.1.(2) del mismo texto que: “When an accused is charged with an offence under section 151 or 152, subsection 173(2) or section 271 in respect of a complainant who is 12 years of age or more but under the age of 14 years, it is a defence that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge if the accused

(a) is less than two years older than the complainant; and

(b) is not in a position of trust or authority towards the complainant, is not a person with whom the complainant is in a relationship of dependency and is not in a relationship with the complainant that is exploitative of the complainant”.

Traducción: “(2) Cuando un encausado es acusado de un delito según la sección 151 o 152, la subsección 173 (2) o la sección 271 con respecto a un denunciante que tiene 12 años o más pero menos de 14 años, es una defensa que el denunciante consintió en la actividad que constituye el objeto del cargo si el imputado

(a) es menos de dos años mayor que el denunciante; y

(b) no se encuentra en una posición de confianza o autoridad hacia el denunciante, no es una persona con quien el denunciante tenga una relación de dependencia y no tenga una relación con el denunciante que explote al denunciante”.

texto⁸⁰⁶. Se establece la posibilidad de relevancia penal del error del sujeto activo sobre la edad del menor de 16 años, únicamente si ha tomado todas las medidas razonables para determinar la edad del mismo⁸⁰⁷.

- En todo caso, se protege a los menores de 18 años de las relaciones en las que, entre el menor y el otro integrante, medie un nexo de autoridad, dependencia o cualquier relación de explotación.

Cuando hablamos de una relación “explotación”, en el concepto en la norma sustantiva penal canadiense, se califica como tal aquellas relaciones en las que existe un prevalimiento del sujeto de mayor edad, atendiendo a una serie de factores como son: la edad del menor, la diferencia de edad con el menor, cómo se desarrolló la relación (si el contacto inicial fue cibernético, por ejemplo; o personal), y por último, si la pareja pudo haber

⁸⁰⁶ Dice así: “(2.1) If an accused is charged with an offence under section 151 or 152, subsection 173(2) or section 271 in respect of a complainant who is 14 years of age or more but under the age of 16 years, it is a defence that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge if the accused

(a) is less than five years older than the complainant; and

(b) is not in a position of trust or authority towards the complainant, is not a person with whom the complainant is in a relationship of dependency and is not in a relationship with the complainant that is exploitative of the complainant”.

Traducción: “(2.1) Si un acusado es acusado de un delito según la sección 151 o 152, la subsección 173 (2) o la sección 271 con respecto a un denunciante que tiene 14 años o más pero menos de 16 años, es una defensa. que el denunciante consintió en la actividad que constituye el objeto del cargo si el imputado

(a) es menos de cinco años mayor que el denunciante; y

(b) no se encuentra en una posición de confianza o autoridad hacia el denunciante, no es una persona con quien el denunciante tenga una relación de dependencia y no tenga una relación con el denunciante que explote al denunciante”.

⁸⁰⁷ Véase en el art. 150.1. (4), cuando señala: “It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was 16 years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant”.

Traducción: “No es una defensa a un cargo bajo la sección 151 o 152, subsección 160 (3) o 173 (2), o la sección 271, 272 o 273 que el acusado creía que el denunciante tenía 16 años de edad o más en el momento en que se alega que se ha cometido el delito a menos que el acusado haya tomado todas las medidas razonables para determinar la edad del autor”.

controlado o influenciado al menor para el desarrollo de la práctica sexual⁸⁰⁸.

2.6 Suecia

La edad para la validez del consentimiento sexual en Suecia es de 15 años; si bien, la protección se amplía hasta los 18 años, cuando medie entre la víctima y el sujeto activo una relación de parentesco (por línea recta, es decir, que el victimario sea ascendiente del sujeto pasivo del delito) o, no siéndolo, esté encomendada a dicha persona la crianza o educación de aquel menor.

Se trata de una censura a la relación incestuosa o donde exista una relación de dependencia o preponderancia del adulto sobre el menor, que se entiende que afecta a la capacidad de consentir válidamente la involucración en la relación sexual. Lo anterior, se regula en el Código Penal sueco (Brottsbalk, de 1965), en su regulación vigente de la Sección 4 del capítulo 6 del mismo⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ Sobre esta cuestión, en la web oficial del Gobierno de Canadá. Age of Consent to Sexual Activity. Department of Justice- Canada. Recuperado 27 de abril de 2023, de <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/clp/faq.html>

⁸⁰⁹ Cuando se señala: “A person who engages in a sexual act with someone under eighteen years of age and who is that person's offspring or for whose upbringing he or she is responsible, or for whose care or supervision he or she is responsible by decision of a public authority, shall be sentenced for sexual exploitation of a minor to imprisonment for at most four years. This also applies to a person who, in circumstances other those mentioned previously in this Chapter, engages in a sexual act with a child under fifteen years”.

Traducción: “Una persona que participa en un acto sexual con alguien menor de dieciocho años de edad y quién es la descendencia de esa persona o del que su crianza sea responsable, o de cuyo cuidado o supervisión, él o ella, es responsable por decisión de un público autoridad, será condenado por explotación sexual de un menor a prisión por un máximo de cuatro años. Esto también se aplica a una persona quien, en circunstancias distintas a las mencionadas anteriormente en este Capítulo, se involucra en un acto sexual con un menor de quince años”.

No obstante, nuevamente, se introduce en el Código Penal sueco, como en otros casos, una cláusula correctora (al estilo del art. 183 bis de nuestra ley sustantiva criminal), en la Sección 14 del mismo capítulo antes circunstanciado⁸¹⁰. Debemos hacer referencia a que se trata de la cláusula que guarda mayor similitud con la adoptada en el modelo de nuestro vigente Código Penal, en la combinación del factor de edad y del grado de desarrollo. Si bien, no hace una referencia expresa a la madurez, es un cierto epíteto, en lo que a la esfera mental se refiere, en tanto que la “madurez” se constituye sobre la base del desarrollo de la personalidad.

2.7 Estados Unidos de América

Sería inabarcable para el objeto del estudio profundizar en cada uno de los cincuenta y un sistemas penales de Estados Unidos, ya que los delitos sexuales no son delitos federales (que se regulan en el Título 18º de Código de los Estados Unidos), y por ende, su concreta regulación deriva del cada peculiar legislador estatal.

⁸¹⁰ Dice, literalmente: “A person who has committed an act under Section 5 or Section 6, first paragraph against a child under fifteen years of age, or under Section 8, first paragraph or Section 10, first paragraph is not held responsible if it is obvious that the act did not involve an assault on the child in view of the slight difference in age and development between the person who committed the act and the child, and the other circumstances”.

Traducción: “Una persona que ha cometido un acto bajo la Sección 5 o Sección 6, primer párrafo contra un niño menor de quince años, o bajo la Sección 8 primer párrafo, o la Sección 10 primer párrafo, no es responsable si es obvio que el acto no implica un atentado contra ese niño, en vista de la escasa diferencia en edad y desarrollo, entre la persona que cometió el acto y el niño, y las demás circunstancias”

Ello no impide, sin embargo, que se pueda hablar de una dispersión absoluta de criterios y que no se puedan extraer, a los efectos ilustrativos que nos ocupan, unas someras consideraciones⁸¹¹.

En primer lugar, el rango de la edad de consentimiento, varía entre los 16 a 18 años, siendo predominante el número de Estados federados que abogan por la menor de dichas edades (concretamente, 32 de los 50 estados). La edad de 18, se establece, no obstante, en estados muy relevantes en densidad poblacional, con tendencias políticas de todo signo (desde estados tendencial o tradicionalmente más progresistas, como el de Nueva Jersey; a estados con una raigambre más conservadora, como Utah; a estados poco definidos en las elecciones históricamente, como Florida, donde ha habido una alternancia de sensibilidades políticas en las distintos comicios las últimas 4 décadas). En valor numérico absoluto, eso sí, representan una minoría, frente a la mayoritaria apuesta por una edad de consentimiento de 16 años.

En segundo lugar, las cláusulas de exención de responsabilidad criminal basadas en la proximidad en edad a la que diversas fuentes se han denominado, coloristamente, cláusulas “Romeo y Julieta”⁸¹², y que en general, en Estados

⁸¹¹ A estos efectos, resulta muy interesante por gráfico y actualizado, el análisis que se efectúa en la web United States Age of Consent Laws By State. (s. f.). *Age of Consent USA*. Recuperado 27 de abril de 2023, de <https://www.ageofconsent.net/states>

⁸¹² Esa denominación ha tenido acogida, no por su rigor técnico, siquiera literariamente, sino por permitir una concepción abreviada y divulgativa de la idea. Se halla presente en textos como en Fiscalía General del Estado (España). (2017). Circular (N.º 1/2017). Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf; en obras científicas como en RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2017). Los inciertos Romeo y Julieta: El consentimiento de relaciones sexuales por parte de menores en la reforma penal española. En C. Fava (Ed.), *Certezza e trasparenza tra diritto ed economia* (pp. 113-128). CEDAM; o en MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. (2015). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En L. MORILLAS CUEVA (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*. Dykinson, p. 461; e incluso en textos legales, cuyo sobrenombre ha permitido esa generalización, como la Ley del Estado de Texas.

Unidos, se les conoce bajo el concepto “Close-In-Age-Exemption” en el marco del delito de Statutory Rape, es decir, del abuso sexual del mayor de edad al menor de edad.

En cuanto a la cláusula de validez del consentimiento sexual por razón de proximidad de edad, y grado de desarrollo o madurez, no encontramos un patrón mayoritario, sino una paridad prácticamente entre los estados favorables a las cláusulas “Close-In-Age Exemption” (cláusulas CIAE), donde son 26 de los 50 estados los que las regulan de alguna forma, frente a 24 donde no se admiten tales fórmulas.

A título exclusivamente ejemplificativo, podemos señalar el sistema criminal de Texas, donde el Texas Penal Code (§22.021)⁸¹³, viene a establecer que, los menores de 14 a 17 años, pueden consentir válidamente siempre que no haya diferencia superior a tres años con el otro integrante de la relación sexual. Por debajo de 14 años, sin embargo, no se admite la validez del consentimiento, bajo ninguna circunstancia, y se fija una edad de consentimiento libre en 17 años de edad (un punto intermedio entre 16 y 18, que es minoritario en los Estados Unidos en número de estados, aunque se aplique a un número considerable de ciudadanos, por el peso demográfico de los que toman esta opción, como el citado Texas, Nueva York o Illinois).

Otro ejemplo interesante es del Estado de Maine, en el Maine Statute (tit. 17-A, § 254) de 2018, tras fijar la edad de consentimiento en 16 años, viene a establecer una cláusula CIAE en el referido precepto, donde se establece una

⁸¹³ Vid. tdcj.texas.gov/divisions/cmhc/docs/cmhc_policy_manual/G-57.01_Attachment_A.pdf

franja de 5 años de diferencia máxima entre el menor, de 14 o 15 años protegido, y el sujeto con quien se relacione sexualmente, sin que se pueda aplicar a relaciones de personas ligadas por vínculo consanguíneo (de segundo grado o inferior). Entre los 16 y 18 años de edad, no puede haber una diferencia mayor de 10 años con el sujeto con el que se interactúe sexualmente.

2.8. Singapur como peculiaridad en el ámbito asiático: modelo de “common law”

La elección de la referencia en nuestro estudio al caso del Derecho Penal de esta ex colonia británica, merece una explicación, que justifique la razón de dicha determinación, frente a otros sistemas que podría resultar interesante hacer una mención.

En primer lugar, el caso de Singapur representa un nexo muy interesante, por una cuestión demográfica e histórica, entre dos predominantes elementos, como son, por una parte, su pasado como colonial británico, lo que lleva a un sistema de “Common Law”; si bien, con una fuerte importancia cultural de China y Malasia.

El crisol que constituye esta ciudad-estado, sin una mayoría social determinante (hay una interesante conjunción de población originaria de China, India, de Filipinas, otros europeos -británicos, fundamentalmente-), con cuatro idiomas oficiales (inglés, chino, malayo y tamil), hace que resulte un ejemplo interesante de proyección del influjo del Derecho británico en la materia que nos ocupa, a la par que nos permite explorar esta cuestión con un grado de mayor

certidumbre que otros ordenamientos asiáticos, sin influencia del Derecho europeo, sea continental o consuetudinario.

A la par, constituye en el marco del sudeste asiático, una referencia para el resto de países del entorno, al constituirse en uno de los modelos democráticos más avanzados, lo que no excluye la presencia de censurables atavismos en el sistema punitivo, especialmente, en razón de los castigos corporales como consecuencia de no pocas infracciones penales, cuando se trata de delitos en los que la moral social mayoritaria pueda verse afectada.

En los Estatutos de la República de Singapur, en su Código Penal, en su versión de 2020, nos encontramos las siguientes peculiaridades:

1.- Se establece una edad de consentimiento sexual en los 16 años (art. 376 del Código Penal de Singapur⁸¹⁴).

⁸¹⁴ Dice el art. 376: “Any person (A) who –

(a) penetrates, with A’s penis, the vagina, anus or mouth, as the case may be, of a person under 16 years of age (B);
(b) sexually penetrates, with a part of A’s body (other than A’s penis, if a man) or anything else, the vagina or anus, as the case may be, of a person under 16 years of age (B);
(c) causes a man under 16 years of age (B) to penetrate, with B’s penis, the vagina, anus or mouth, as the case may be, of another person including A; or
(d) causes a person under 16 years of age (B) to sexually penetrate, with a part of B’s body (other than B’s penis, if a man) or anything else, the vagina or anus, as the case may be, of any person including A or B, shall be guilty of an offence”.

Traducción:

“Cualquier persona (A) que-

(a) penetra, con el pene de A, la vagina, el ano o la boca, como el caso puede ser, de una persona menor de 16 años (B);
(b) penetra sexualmente, con una parte del cuerpo de A (que no sea A pene, si es hombre) o cualquier otra cosa, la vagina o el ano, como el el caso puede ser, de una persona menor de 16 años (B);
(c) hace que un hombre menor de 16 años (B) penetre, con el pene de B, la vagina, el ano o la boca, según sea el caso, de otra persona, incluida A; o
(d) hace que una persona menor de 16 años (B) tenga relaciones sexuales con penetración, con una parte del cuerpo de B (que no sea el pene de B, si un hombre) o cualquier otra cosa, la vagina o el ano, según sea el caso ser, de cualquier persona, incluidas A o B, será culpable de un delito”.

2.- No se establece una cláusula CIAE⁸¹⁵, por lo que, cualquier actividad sexual con menor de 16 años puede ser castigada con prisión, multa o pena de castigos corporales (latigazos).

3.- La edad de responsabilidad penal es de 7 años de edad. De 7 a 16 años, se aplica el Derecho Penal de niños y jóvenes (Children and Young Persons Act, en adelante CYPA, en su última versión de 2001⁸¹⁶, en relación con el art. 83 y 84 del Código Penal de Singapur).

En este marco de edad, no se puede aplicar ni la pena capital -en caso de que procediere, en delitos como el tráfico de drogas o el asesinato-, ni castigos corporales, pero sí cabe una suerte de cadena perpetua (entendida como una pena de prisión sin término final determinado por la Ley), conforme al los artículos 37 y 38 CYPA.

⁸¹⁵ Cfr. Singapore Age of Consent y Statutory Rape Laws. (s. f.). Age of Consent Singapore, en website <https://www.ageofconsent.net/world/singapore#:~:text=The%20Age%20of%20Consent%20in%20Singapore%20is%2016%20years%20old.ytext=Singapore%20statutory%20rape%20law%20is,sex%20sexual%20activity%20is%20illegal>.

⁸¹⁶ Republic of Singapore. (2020, 1 julio). Children and Young Persons Act - Singapore Statutes Online. Singapore Statues online. <https://sso.agc.gov.sg/Act/CYPA1993#pr1->

4.- Desde los 16 a 18 años, se castigan las relaciones sexuales obtenidas con prevalimiento del autor, por razón a la víctima, conforme al art. 376AA del texto sustantivo criminal de referencia⁸¹⁷.

5.- Se establece un tipo agravado, cuando la víctima del acto sexual sea menor de 14 años, en el art. 376 del texto legal⁸¹⁸.

⁸¹⁷ Establece el art. 376AA que : “(1) Any person (A) who is in a relationship that is exploitative of a person of or above 16 years of age but below 18 years of age (B) shall be guilty of an offence if A
(a) penetrates, with A’s penis, if A is a man, the vagina, anus or mouth, as the case may be, of B;
(b) sexually penetrates, with a part of A’s body (other than A’s penis, if A is a man) or anything else, the vagina or anus, as the case may be, of B;
(c) causes B, if a man, to penetrate, with B’s penis, the vagina, anus or mouth, as the case may be, of another person including A; or
(d) causes B to sexually penetrate, with a part of B’s body (other than B’s penis, if B is a man) or anything else, the vagina or anus, as the case may be, of any person including A or B.
(2) For the purposes of subsection (1) – (a) it is not necessary for the prosecution to prove that B did or did not consent to the act mentioned in that subsection; and
(b) to avoid doubt, it is not a defence that B did consent to that act.
(3) A person who is guilty of an offence under this section shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 15 years, and shall also be liable to fine or to caning”.

Traducción:

“(1) Cualquier persona (A) que tenga una relación explotadora de una persona de 16 años o más pero menor 18 años de edad (B) será culpable de un delito si A

(a) Penetra, con el pene de A, si A es un hombre, la vagina, el ano o boca, según sea el caso, de B;

(b) penetra sexualmente, con una parte del cuerpo de A (que no sea A pene, si A es un hombre) o cualquier otra cosa, la vagina o el ano, como el caso puede ser, de B;

(c) hace que B, si es un hombre, penetre, con el pene de B, la vagina, ano o boca, según sea el caso, de otra persona incluyendo A;

o (d) hace que B penetre sexualmente, con una parte del cuerpo de B (que no sea el pene de B, si B es un hombre) o cualquier otra cosa, el vagina o ano, según sea el caso, de cualquier persona incluyendo A o B. (2) A los efectos de la subsección (1):

(a) no es necesario que la Fiscalía demuestre que B hizo o no consintió en el acto mencionado en ese inciso;

(b) para evitar dudas, no es una defensa que B consintió en la actuación.

(3) Una persona que sea culpable de una ofensa bajo esta sección será castigado con pena privativa de la libertad de hasta 15 años, y también estará sujeto a multas o azotes”.

⁸¹⁸ Se reproduce aquí solo la forma básica, puesto que el precepto es muy extenso: Any man (A) who causes another man (B) to penetrate with B’s penis, the anus or mouth of A –

(a) without B’s consent; or

(b) with or without B’s consent, when B is below 14 years of age, shall be guilty of an offence.

Traducción: Cualquier hombre (A) que hace que otro hombre (B) penetre con el pene de B, el ano o la boca de A –

(a) sin el consentimiento de B; o

(b) con o sin el consentimiento de B, cuando B tiene menos de 14 años de años, será culpable de un delito.

2.9 Conclusiones de la aproximación iuscomparatista efectuada entorno a la edad de consentimiento sexual en los diversos ordenamientos estudiados.

Del acercamiento al Derecho comparado, anteriormente efectuado, podemos advertir algunos elementos conclusivos:

1.- Existe una divergencia en los ordenamientos analizados, en cuanto a la edad de consentimiento sexual, con lo que resulta patente que no existe un criterio extrapolable por áreas geográficas, ni demográficas, sino que entronca en aspectos complejos de carácter social.

En casos como el canadiense, por ejemplo, un suceso como en caso Dale Eric Beckham, en 2005, fue determinante para la elevación de la edad de consentimiento sexual a 16 años. En dicho supuesto, el citado sujeto concertó una cita a través de Internet en Ottawa (Canadá) para mantener relaciones sexuales consentidas con un varón de 14 años de edad. Fueron los padres del menor quienes alertaron a las fuerzas policiales, que advirtieron de la imposibilidad de punición por esta vía.

En este sentido, la reforma de 2008, ha sido criticada justificadamente por autores como DESROSIERS (2017, pp. 569-589)⁸¹⁹, cuando se plantea la revitazación de un moralismo legal en este incremento de la edad de consentimiento, donde se plantean líneas de crítica sumamente compatibles con las objeciones que a la regulación española esta tesis doctoral pretende señalar, como son, esencialmente, la negación de la realidad sociológica y biológica en esta

⁸¹⁹ Desrosiers, J. (2012). *Sexual Assault in Canada* (E. A. Sheehy, Ed.). Amsterdam University Press.

elevación, el imperio del conservadurismo⁸²⁰ moral en su génesis, y la criminalización del normal desarrollo sexual de los menores.

Se identifica la distancia de edad entre partícipes sexuales como elemento lesivo, en lo que nuestro Código entendería como indemnidad sexual, cuando no se atiende, genuinamente, al efecto que produce en el menor concreto el intercambio sexual peculiarmente analizado.

2.- En un número relevante de sistemas legales, junto con la edad de consentimiento, aparecen cláusulas CIAE, “cláusulas Romeo y Julieta”, o simplemente, desde el plano técnico penal, cláusulas de atipicidad de ciertas conductas sexuales, donde se dota de validez al consentimiento del menor.

En este sentido, son dos las vías que podemos discernir:

(a) Cláusulas de diferencia objetiva de edad entre los integrantes de la relación.

⁸²⁰ En este sentido, aun cuando hablamos de “conservadurismo moral”, no ha de entenderse como equivalente o propio de una tendencia política conservadora. Precisamente, SILVA SÁNCHEZ (*op.cit.* n. 157, pp. 64 y ss.), alude a los “atypische Moralunternehmer” o “gestores atípicos de la moral”, llevando a una fundada reflexión sobre el giro dado por el clásico predominio de la moral burguesa y conservadora en el Derecho Penal, a lo que podemos inferir, de su crítica, como una instrumentalización por ciertos lobbies de presión (identifica Silva, esencialmente, p. 64, a “las asociaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos (contra pequeños traficantes de droga), pacifistas (contras la propagación de ideas violentas) o, en general, organizaciones no gubernamentales que protestan contra la vulneración de derechos humanos en otras partes del mundo. Todas ellas encabezan la tendencia hacia una progresiva ampliación del Derecho Penal en orden a la creciente protección de sus respectivos intereses”, concluyéndose, además, cómo si en su día el Derecho Penal era repudiado por las “clases subalternas”, al concebirse como herramienta de las “clases poderosas”, existe hoy un “fenómeno de fascinación” de la que carecen otros equivalentes funcionales del Derecho Penal (p. 67).

En este sentido, no se efectúa un análisis peculiar de la capacidad concreta del menor sino que se prepondera un marco de diferencia de edad, dentro del cual, la conducta de interacción sexual no es castigada.

Hemos referido, en esta parte del estudio, casos como Canadá, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña o Italia, entre otros ejemplos.

(b) Cláusulas que acuden a criterios subjetivos o valorativos, sin marcos temporales objetivos.

Este sería el modelo implementado en el sistema español, donde no se apostó por el sistema de fijación de un límite de edad de diferencia entre los *partenaires*, sino que se abogó por un sistema de interpretación flexible, aspecto este que presenta, a nuestro juicio, severas desventajas en el marco de la seguridad jurídica, en la igualdad de aplicación de la Ley, en la medida que hace descansar en el criterio judicial de reprensión penal o no de la conducta en un elemento valorativo subjetivo. Ello, no permite marcar parámetros objetivos que den lugar a que al ciudadano poder conocer, *ex ante*, la respuesta penal que una determinada interacción sexual puede conllevar.

De tal manera, el principio de legalidad se ve claramente resentido, cuando no se puede aseverar, a priori, cuál va a ser la consecuencia jurídico-penal de una conducta sexual para con un menor de 16 años.

3.- Las señaladas cláusulas suponen, a nuestro juicio, el reconocimiento implícito de la divergencia entre la realidad social y biológica de las relaciones sexuales entre adolescentes y de las manifestaciones del desarrollo interactivo de la personalidad sexual, frente a la protección penal de la materia; en la medida que suponen, como ya hemos mencionado en varios momentos anteriores de estudio, una serie de conceptos-válvula, para atemperar el rigor de la norma.

Ello no debe ser entendido, en nuestra opinión, sino como una forma equivocada de afrontar la regulación de esta materia, incoherente sistemáticamente (en cuanto que permite fluctuar con el concepto de la validez del consentimiento del menor, como un elemento voluble, o dependiente de factores ajenos a los sustratos intelectual y volitivo de la personalidad del individuo que lo presta) y que se fundamenta en una necesidad, difícilmente conciliable, de congraciarse una protección moralista de la infancia, con las prácticas sexuales de los jóvenes actualmente, en un mundo “hipersexualizado”⁸²¹ y donde la influencia de las tecnologías de la información y la comunicación no suponen un freno a esa tendencia de adelantamiento cronológico de las primeras experiencias sexuales, sino lo contrario⁸²².

⁸²¹ En este sentido, se trata de una idea que, transversalmente, se puede observar en los discursos más conservadores y en los más progresistas o feministas, con matices diferenciales. En el caso de los primeros, se sustancian en la crítica de una sociedad hedonista, donde la sexualidad ha tomado un papel prioritario en las relaciones sociales; mientras que, desde el feminismo, se ataca la estereotipación de la mujer como objeto sexual y de estimulación erótica que es producido por la sociedad para fines del consumo, que llega a su máxima expresión con aspectos como la prostitución femenina. En ese sentido, por diversos cauces, se confluye en puntos comunes. A tal efecto, sirva la reflexión interesante de DE QUEROL, R. (2013). *El posmacho desconcertado*. EL PAÍS Selección, en su artículo “Admira la belleza, disfruta de tu imperfección”, donde contrasta las opiniones de conservadores y feministas, como Juan Manuel De Prada frente a Lydia Cacho.

⁸²² Sobre la relación entre sexo e internet, véase el adecuado análisis efectuado en KATZ, J. E. y RICE, R. E. (2005). *Consecuencias sociales del uso de Internet*. Universitat Oberta de Catalunya, p. 184.

3. Consideraciones críticas entorno a la elevación a 16 años de la edad de consentimiento sexual en el sistema penal español.

Llegados a este punto del análisis, no sorprenderá en absoluto nuestra crítica a la elevación de la edad de consentimiento sexual en España, de 13 a 16 años, que deriva de lo anteriormente expuesto y que sintetizamos en los siguientes elementos:

1.- La elevación de la edad de consentimiento no responde a una realidad o exigencia biológica.

Como hemos tratado de exponer en todo momento, el ser humano nace como ser sexuado y desarrolla, como una faceta más de su personalidad, la sexualidad, desde la infancia. Pensar en un menor como un ser indeterminado sexualmente es irreal y falso. Ello no implica, por supuesto, que el menor esté en condiciones de poder decidir las interacciones sexuales que pretende desarrollar en todo momento, nada más lejos de nuestra intención está siquiera sugerir tal concepción.

Ahora bien, resulta imperativo analizar y escuchar al propio desarrollo hormonal y psicológico del menor para poder advertir la corrección o exceso en la determinación de la edad de consentimiento sexual. Estamos, somos conscientes de ello, ante un terreno absolutamente permeable a cuestiones valorativas de toda índole, desde el prisma religioso, moral, político, psicológico, sociológico, médico y cualesquiera disciplinas que pongan su mirada en el análisis del ser humano desde diversa perspectiva.

Desde un plano biológico, lo cierto es que la pubertad aparece como un momento de inicio de la capacidad reproductiva. Ello no significa de una manera indefectible la asunción de que el púber tiene necesariamente capacidad para desarrollar una relación sexual o interacción sexual, desde el plano psíquico, que no afecte negativamente a su desarrollo de la personalidad sexual. Pero tampoco puede implicar, en otro sentido, desconocer un indicio natural de capacidad de interacción sexual en dichas variaciones hormonales, anatómicas y psicológicas que se producen en la adolescencia.

La desviación por elevación de la edad de consentimiento sexual, frente a la edad puberal, corre el intrínseco peligro de disociar, de forma artificial, la “realidad social” frente a la “realidad legal”.

Como sucede en materia del consentimiento sexual –si se aboga por los modelos de consentimiento afirmativo–, la realidad relacional se va a separar de una manera cada vez más intensa de la regulación penal para la protección de la libertad e indemnidad sexuales, hasta el límite –al que ya creemos que se ha llegado– de desnaturalizar el contenido penal de la protección del mínimo absoluto que, en un modelo democrático de convivencia, debe preservar el Estado. Sucede de igual manera en el ámbito de la sexualidad y los menores: el ordenamiento debe ser garante de que el menor pueda desarrollar su personalidad sexual en condiciones de libertad, pero a la par, tal cautela no puede llevar a una injerencia artificial en la evolución de su descubrimiento de la sexualidad, conduciendo a la sospecha a las interacciones sexuales con menores de una edad (la próxima a los 16 años, especialmente desde los 14 en adelante) a

la que el propio sistema legal asocia un marco presuntivo de capacidad suficiente para actos de mayor complejidad, trascendencia y lesividad que la propia acción sexual *lato senso*.

La elevación a 16 años de edad no se justifica, por ende, por una asincrónica regulación anterior, contraria a la edad puberal. El sistema pretérito se adecuaba mucho más a la realidad biológica que el vigente modelo, en la medida que existe un lapso de edad (lo que hemos referido como desviación) que discurre desde la maduración biológica de los órganos sexuales hasta los 16 años, donde cualquier relación consentida es, *ministerio legis*, penalmente censurable, con la salvedad de la cláusula de atipicidad del art. 183 bis CP, que aparece como mecanismo de cierre del sistema o factor corrector de la propia situación indeseable, creada por la deficiente sustanciación de esa elevación de la edad de consentimiento.

2.- La elevación de la edad de consentimiento sexual choca con la realidad social.

Estudios relevantes en pediatría, en la población escolar española, como el de ALFARO, VÁZQUEZ, FIERRO *et alii* (2015)⁸²³, evidencian como los menores inician sus experiencias sexuales antes de los 16 años en un porcentaje considerable.

En concreto, en las relaciones coitales (nótese que, por lo común, el debut en el plano de la sexualidad no llega a tal grado de intensidad, como la

⁸²³ Vid. ALFARO GONZÁLEZ, M., VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. E. FIERRO URTURI, A., et alii (2015, 9 septiembre). Hábitos sexuales en los adolescentes de 13 a 18 años. *Revista Pediatría en Atención Primaria*, 17(67). <https://pap.es/articulo/12218/#bibliografia>

experiencia nos indica, sin haberse transitado previamente por otras conductas de menor significación o potencialidad erótica o sexual), del total de los encuestados (sujetos entre 2º de Educación Secundaria - y 2º de Bachillerato), el 30,4 % reconocía haber mantenido relaciones sexuales completas, y de estos, un 32,9 % antes de 4º de ESO (es decir, antes de los 16 años). Con menos de 12 años, un 8,4 % reconocía haber mantenido relaciones coitales; un 18,8 %, entre los 13 y 14 años de edad.

En relación a otras conductas sexuales, las cifras son mas rotundas en RODRÍGUEZ Y TRAVERSO (2012)⁸²⁴, cuando se evidencia una precocidad mayor en el inicio de las que hemos denominado de proyección individual, donde se establece una edad de inicio de la masturbación en 11,3 años en hombres y 12,7 en mujeres; junto con las de proyección interactiva, que son las que más nos conciernen en esta investigación sobre la libertad e indemnidad sexuales, como son las conductas de sexo oral, en 13,8 años en varones y 14,6 años en mujeres y las de masturbación a la pareja, en 13,7 años en varones y 14,4 en mujeres.

Datos como estos, unidos a otros estudios⁸²⁵, corroboran una tendencia que resulta difícilmente refutable en lo atinente a la precocidad del inicio de las interacciones sexuales en la adolescencia, que no encaja en forma alguna con el sistema de intervención penal que se ha diseñado por el legislador español,

⁸²⁴ En RODRÍGUEZ CARRIÓN, J., y TRAVERSO BLANCO, C. I. (2012). Conductas sexuales en adolescentes de 12 a 17 años de Andalucía. *Gaceta Sanitaria*, 26(6), 519-524. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2012.02.005>

⁸²⁵ V. ROYUELA RUIZ, P., RODRIGUEZ MOLINERO, L., MARUGÁN DE MIGUELSANZ, J. M. y CARBAJOSA RODRÍGUEZ, V. (2015, 18 mayo). Factores de riesgo de la precocidad sexual en adolescentes. *Revista de Pediatría en Atención Primaria*, 17(66). <https://pap.es/articulo/12173/>

siguiendo -en su descargo, hay que decirlo también-, una tendencia de los países de nuestro entorno cultural.

Rige en esta materia un neo-puritanismo que, sobre la premisa de la protección del menor respecto a la pederastia (aspecto que compartimos como preocupación y necesidad de protección del Derecho Penal), lleva a cabo una regulación maximalista, que conduce a una criminalización potencial –un eventual escrutinio judicial– de las primeras experiencias sexuales de ciertos adolescentes, que pueden verse sometidos a una intervención del Derecho Penal más o menos incisiva, en función de la actitud de sus progenitores y de los operadores jurídicos y socio-sanitarios partícipes del proceso penal de menores, particularmente, en el determinante papel del Ministerio Fiscal en esta materia.

En suma, la frontera entre la delincuencia sexual y la normalidad en el desarrollo puberal, va a depender de la mayor o menor tolerancia parental, y del órgano judicial y fiscal que conozca o ejercite la acción penal, respectivamente, así como de la eventual actuación de los letrados en el ejercicio de la acusación particular, aspecto que como abogado ejerciente por casi 10 años, he podido evidenciar en mi labor profesional.

3.- La elevación de la edad de consentimiento sexual, unida a la cláusula del art. 183 bis CP, no sirve para proteger los bienes jurídicos pretendidos, sino lo contrario.

Bajo la premisa fundamental de la protección de la libertad e indemnidad sexuales que preside la regulación del Título VIII del Libro II del Código Penal,

la actual regulación de la edad de consentimiento sexual en 16 años, disociada, como hemos analizado, de la realidad biológica y sociológica de incursión primera en la esfera sexual interactiva, lleva paradójicamente, en un pretendido esfuerzo tuitivo por anticipación de la intervención penal, a ser, justamente, un caldo de cultivo perfecto de desprotección de la libertad sexual de los menores.

BOLDOVA PASAMAR (2016, p. 209)⁸²⁶ parte de la consideración de la filosofía que regula esta materia es una prohibición general de las relaciones sexuales de menores con adultos (y aun con posibles excepciones cuando el adulto todavía sea joven), pero admite y regula como normales las de los menores entre sí.

La voluntad del legislador, al menos, la que manifiesta en su Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, a la hora de justificar la elevación de la edad de consentimiento a 16 años, es, no solo equiparar el sistema español al resto de países de nuestro entorno (aspecto este que, dicho sea, es en sí mismo una escasa justificación, o poco satisfactoria, porque acude a una reducción por generalización, que nada abona como criterio jurídico a nuestro juicio), sino cumplir con las recomendaciones internacionales⁸²⁷ y la protección de los menores frente a la prostitución infantil⁸²⁸.

⁸²⁶ Cfr. N. 121.

⁸²⁷ También, sobre esta cuestión, habría que valorar si una sugerencia del Comité de la ONU sobre Derechos del Niño, debe ser *ratio legis* de una modificación de este calado; cuando, contradictoriamente, España ha sido llevada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en reiteradas ocasiones, por no cumplir genuinas obligaciones de adaptación normativa -estas sí, derivada del Derecho originario de la Unión-, en cuanto a la trasposición de Directivas en muy diversos aspectos, relevantes desde la óptica penal también, como la falta de trasposición de la llamada Directiva PNR, obre el registro de datos de los nombres de pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves [véase en ALARCON, N. (2020, 2 julio). Bruselas pide multar a España por incumplir normas europeas de registro de pasajeros. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/economia/2020-07-02/bruselas-espana-normas-europeas-registro-de-pasajeros_2665640/],

⁸²⁸ Específicamente, así se dispone en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, punto XII, párrafo 2º in fine.

Respecto a este último extremo, no entendemos bien en qué medida la elevación general de la edad de consentimiento sexual de 13 a 16 años influye en la lucha contra la prostitución infantil. En primer lugar, porque son fenómenos absolutamente extraños entre sí. Nada tiene que ver una relación sexual de un menor de 15 años con una persona, imaginemos, de 19 o 20 años, enmarcada en un contexto no lucrativo ni de explotación, sino de libre relación entre los individuos; frente a un sistema espurio de comercialización de los contactos sexuales del menor. En el segundo caso, por supuesto, nos mostramos a favor de que exista una penalización de la prostitución cuando la víctima sea menor de edad. Ahora bien, no se puede equiparar ambas realidades, reiteramos, al ser fenómenos radicalmente distintos.

En segundo lugar, la criminalización de las relaciones de los menores de edad, mayores de 13 y menores de 16 años (que es la clave de la elevación de dicho hito temporal), no protege a los menores de la pederastia, a nuestro entender, por la principal razón de que el estímulo sexual del pedófilo, que da el paso criminal hacia las conductas de pederastia, radica en la infantilidad del sujeto pasivo. Por lo común, cuanto menor es el desarrollo del niño o niña, cuanto más corta es la edad del infante mayor es el estímulo, de forma que la franja de edad de 13 a 16 años es objeto de un interés muy minoritario, en abstracto y en coherencia con lo estudiado sobre esta pulsión sexual parafílica.

La concepción moderna, desde el plano psiquiátrico de la paidofilia, o pedofilia, se data en 1886, conceptuada por VON KRAFFT-EBING, autor de la

conspicua obra “*Psychopathia sexualis*”⁸²⁹, conceptúa la *paedophilia erotica* (P. 437), como una pulsión sexual encauzada hacia los adolescentes prepuberales. Esta es una tónica que se mantiene hasta la actualidad en el marco de la psiquiatría clínica contemporánea, donde las guías de referencia (véase DSM-V de la Asociación Americana de Psiquiatría; y la clasificación CIE-10, de la OMS), establecen siempre como patrón diagnóstico el deseo sexual del sujeto por menores de 13 años prepuberales, que ha estado presente durante al menos 6 meses, que ha dado lugar a la actuación del sujeto (entiéndase, el paso a una acción sexual con menores, la pederastia) o a una intensa angustia del mismo, y donde la persona tiene más de 16 años de edad y más de 5 años de diferencia con el niño⁸³⁰.

En ese sentido, precisamente, la lucha contra la lesión a la indemnidad sexual del menor derivada de las conductas pederásticas de los pedófilos, no se ve favorecida por elevar la edad de consentimiento sexual de 13 a 16 años, considerando a los menores abarcados en tal franja de edad como sujetos incapaces de prestar el consentimiento válidamente en materia sexual (salvo para con semejantes en edad y grado de desarrollo o madurez), esencialmente, porque tales sujetos no suelen ser objeto de estímulo sexual preponderante del pedófilo,

⁸²⁹ En Von Krafft-Ebing, R. (1907). *Psychopathia sexualis*. Verlag von Ferdinand Enke.

⁸³⁰ Manuales MSD. (s. f.). Trastorno pedófilo. Manual MSD versión para profesionales. Recuperado 26 de noviembre de 2020, de <https://www.msmanuals.com/es/professional/trastornos-psiqui%C3%A1tricos/sexualidad-disforia-de-g%C3%A9nero-y-parafilias/trastorno-ped%C3%B3filo>. Más profundamente, debemos citar estudios clave en la materia, como el paradigmático de Tenbergen, G., Wittfoth, M., Frieling, H., Ponseti, J., Walter, M., Walter, H., Beier, K. M., Schiffer, B. m y Kruger, T. H. (2015). The Neurobiology and Psychology of Pedophilia: Recent Advances and Challenges. *Frontiers in human neuroscience*, 9, 344. <https://doi.org/10.3389/fnhum.2015.00344>, donde se hace un estudio transversal de la pulsión sexual del pedófilo, concitándose como trastorno sexual de etiología multifactorial, donde aparece también como factor característico la relación de una menor edad con una mayor estimulación.

que se ve estimulado por los infantes [παῖδος (paidós)], no por jóvenes que han desarrollado ya unos caracteres sexuales secundarios, y que, por ende, morfológicamente, se asemejan más a los del varón o hembra adultos que a los del niño o niña.

Tratar, a modo de “cajón de sastre”, las relaciones sexuales incipientes de la adolescencia entre adolescentes o jóvenes y las relaciones en el marco de una pulsión pedófila, sirve para desenfocar la intervención tuitiva del Derecho Penal, a la par que permite dar entrada a un campo de preocupante inseguridad jurídica para los propios menores de edad mayores de 14 años, a los que, lejos de protegérseles de una manera eficaz (como sería a través de una formación en salud sexual adecuada en el ámbito educativo y familiar), se les conduce a un campo de censura de las expresiones de su maduración sexual, y donde el factor de lo prohibido puede actuar, precisamente, como catalizador o potenciador de estas conductas.

Esencialmente, cuando se habla de las “cláusulas Romeo y Julieta”, cabría preguntarse si ese es el modelo que deseamos, considerando el devenir precisamente de estos personajes de Shakespeare.

4.- La inexistencia de marcos cronológicos objetivos atenta contra la seguridad jurídica y el principio de legalidad penal.

Aunque ya lo hemos mencionado en otras ocasiones, no es ocioso reiterar la lesión para la seguridad jurídica que implica el desconocimiento, por parte de los ciudadanos del marco jurídico aplicable a los supuestos de relaciones o

interacciones sexuales para con los menores de 16 años. En efecto, desde una premisa general de prohibición y censura criminal de las conductas sexuales, respecto de tales sujetos pasivos potenciales, aparece la cláusula del art. 183 bis CP, como ya también hemos analizado, a modo de corrección del exceso punitivista o intervencionista del legislador español.

En una pretendida salvaguardia del principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal, la Circular 1/2017⁸³¹, trata de fijar unos cauces interpretativos de la cuestión a los efectos del ejercicio de la acción penal por parte de los representantes de dicho órgano constitucional, en la función encomendada por el artículo tercero, punto cuarto, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981.

Nótese que se trata de una Circular, y no de una Instrucción, lo que nos lleva a entender, por la naturaleza jurídica del instrumento normativo, que se trata de disposiciones de actuación generales del órgano e interpretación de las normas, que deben ser observadas por estos funcionarios en el ejercicio de su labor.

En este sentido, debemos señalar la disquisición que efectúa la misma, citándola textualmente:

“-Impúberes. En ellos aún no se ha producido el proceso de cambios físicos en el cual el cuerpo del niño o niña adquiere la capacidad de la reproducción sexual. No puede establecerse una edad fija para delimitar la infancia de la pubertad pues el inicio del

⁸³¹ Cfr. N. 224

proceso de cambios varía de una persona a otra, dependiendo de diversos factores, entre ellos el sexo. Se trata propiamente de niños y no de adolescentes y respecto de ellos su protección debe ser absoluta. La Ley marca, además, circunstancias de agravación en los casos en que el escaso desarrollo intelectual y físico de la víctima la coloca en situación de total indefensión (la presunción de la norma es iuris et de iure para los menores de 4 años, pero puede darse en edades superiores cuando las circunstancias comporten un plus de vulnerabilidad, vid. SSTS nº 398/2015, de 17 de junio y 609/2012, de 11 de julio, entre otras).

-El segundo nivel de protección abarcaría desde el inicio de la pubertad hasta los 13 años inclusive, siempre que dicho proceso fisiológico haya comenzado antes de dicha edad. En esta franja, la protección del menor es intensa por encontrarse en la primera fase de la adolescencia. El límite de los 14 años es habitualmente empleado por nuestra legislación (así, para la exigencia de la responsabilidad penal de los menores en el art. 1 LORPM o para la capacidad de testar en el art. 663.1º CC). En relación con la edad del autor, el límite máximo respondería a la mayoría de edad, esto es, hasta cumplir los 18 años, por lo que -con carácter general- podría dar cobertura únicamente a las relaciones entre menores.

-14 y 15 años, ambos inclusive. La protección debe permitir una diferencia de edad que abarque a los jóvenes hasta 20 años inclusive, moderándose en atención al segundo parámetro (grado de desarrollo o madurez). Excepcionalmente podrían comprenderse los jóvenes de hasta 24 años inclusive, atendiendo al grado de desarrollo o madurez tanto del menor como del joven que mantienen el contacto sexual. Esta pauta debe entenderse de carácter orientado”.

Sobre esta cuestión, debemos efectuar dos apreciaciones:

1.- Esta Circular no entra a analizar o justificar los criterios por los que se fijan las señaladas edades como “próximas” a los efectos de la cláusula.

Es decir, se establece, por ejemplo, respecto de los menores de 14 y 15 años una diferencia máxima de 5 y hasta 10 años (fija los límites generales de 20 años, y excepcionalmente, de 24 años), sin establecer el criterio inspirador de tales determinaciones a la hora del ejercicio de la acción penal.

Por ende, debemos considerar que tal fijación parece acusar una ausencia de motivación o justificación como criterio rector del ejercicio de la acción penal por parte del órgano referido.

2.- La formulación dispuesta por la Circular es contraria al sistema implementado en el Código Penal.

En este sentido, frente al marco comparado, donde se establecen generalmente rangos de edad, nuestro ordenamiento opta por un elemento valorativo, como es la ponderación de la diferencia de edad, sin fijación de un marco tasado, sino que se aboga por un sistema abierto.

Entendemos, lógicamente, que la naturaleza jurídica del instrumento analizado, que pretende dotar de unidad a la actuación del Ministerio Fiscal, haya preferido fijar unas diferencias de edad temporalmente preestablecidas. Ahora bien, ello no puede ser entendido sino como una contraposición al espíritu de la norma, quizá necesario o conveniente, podría razonarse.

4. Sobre la existencia de una “edad mínima” de aplicación actual de la cláusula del art. 183 bis CP.

Una cuestión de difícil solución es la que surge a la pregunta de si es preciso, establecer en el marco del art. 183 bis CP un límite mínimo e infranqueable, por debajo del cual no pueda en ningún caso apreciarse un grado de proximidad en edad y desarrollo o madurez con el sujeto activo del delito, participe de la relación de interacción sexual.

Tal planteamiento nace de la constatación de la asincronía entre la edad fijada en el art. 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, a los efectos de poder exigir penalmente a los mayores de 14 años su oportuna responsabilidad por los delitos que cometan o participen, en referencia al Código Penal y las leyes penales especiales.

Así pues, partiendo de la premisa de que, a partir de 14 años, según nuestro sistema jurídico, un menor puede ser, abstractamente, responsable criminalmente de un delito contra la libertad e indemnidad sexual de otro menor, conviene plantearse desde qué edad -mínima- se puede tolerar la aplicación de la cláusula del art. 183 bis de la vigente norma sustantiva criminal.

Cabe referenciar que el Tribunal Supremo, sobre la cuestión de la existencia de un mínimo etario en la cláusula, tiene señalado⁸³² que, citamos textualmente: *“el nuevo artículo no establece mínimo alguno en orden a la prestación del consentimiento*

⁸³² Cfr. STS 1001/2016, de 18 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:88), FJ 2º.

libre”, pero añade que son las dos premisas de “proximidad en edad y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a los dos elementos”.

En este sentido, debemos hacer varias precisiones, a modo de una propuesta personal interpretativa sobre la existencia y condiciones para valorar el límite mínimo de aplicación del art. 183 bis CP, desde la premisa de la ausencia, en el texto legal, de una precisión expresa sobre la cuestión:

1.- Si la interacción sexual se produce entre dos menores de edad, menores de 14 años, nos encontramos con una situación absolutamente ajena al Derecho Penal, que, sin embargo, podría revestir interés desde el plano de la protección de los menores (en el sentido que enuncia el art. 3 de la LORPM, antes referida, en correlación con los arts. 17 y ss. de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor).

Ello, con independencia de que se trate, aquí sí debemos precisarlo, de una relación con consentimiento, sin el mismo o incluso con violencia o intimidación de una de las partes respecto a la otra, en tanto que la irresponsabilidad penal es absoluta para menores de 14 años en nuestro sistema. Este al aspecto, no obstante, sí deberá encontrar el adecuado encauzamiento en la intervención de los servicios de protección de menores, en tanto que, en efecto, la naturaleza de los hechos cometidos por ese/esos menor/es pueden conllevar una declaración de desamparo (conforme a la LOPM), atendiendo a que sean manifestaciones de

unos déficits educativos, de socialización o que acrediten una suerte de desatención de los menores en su desarrollo moral y material⁸³³.

2.- Si la interacción sexual se produce entre un menor de 14 años de edad, y un mayor de 14 años de edad y menor de 18 años, este segundo puede ser responsable, por la mera interacción sexual, del delito del art. 181 del Código Penal, conforme a las disposiciones de la LORPM; salvo que se aplique la cláusula del art. 183 bis del mismo texto, donde el consentimiento puede excluir la responsabilidad penal en caso de proximidad de grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

En estos supuestos, nace una duda sobre el límite mínimo de edad por debajo de la cual, no puede siquiera plantearse esa proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez. Dicho de otra forma, ejemplificativamente, ¿sería admisible aplicarle a un menor, de 14- 15 años de edad, esta cláusula, cuando ha mantenido una relación sexual completa con otro menor de 10 años de edad, y presentara un grado de desarrollo o madurez semejante? ¿La misma respuesta daríamos al caso en que la interacción sexual ha sido meramente una caricia superficial o un beso?

⁸³³ Este era el sentido que justificaba la intervención penal en materia de menores para ALBRECHT, H. J. (1986). “Entwicklungstendenzen des Jugendkriminalrechts und stationäre Freiheitsentziehung bei jugendlichen Straftätern in den USA” en *Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug – Stationäre Maßnahmen der Jugendkriminalrechtspflege im internationalen Vergleich*, 2, 1211-1306. Entendemos que, algunos autores sostienen que tal deficiencia educativa no es determinante, al concebirse el fenómeno de la delincuencia juvenil como un elemento “normal y ubicuo”, véase en GARCÍA PÉREZ, O. (1999). Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil. *Revista de Derecho Penal y Criminología- UNED*, 3, pp.35- 36, en los delitos sexuales y respecto de menores de 14 años, si creemos que ciertas formas de interacción sexual excesivamente precoz y/o cuyo contenido tenga una intensidad potencial y objetivamente afectante a la proyección de la personalidad sexual del otro menor -conductas sexuales de alta intensidad lúbrica a una edad muy temprana, aun “consentidas”, pueden llevar a tales afecciones-, si pueden provenir de ciertos déficits educativos y de carácter ambiental, con mayor sentido que en otros delitos de diversa naturaleza.

En este sentido no existe una respuesta totalmente satisfactoria. Debemos advertir que, en los casos de sujetos de edad próxima, en un lapso de tiempo que podríamos fijar en dos años de diferencia (contados fecha a fecha), podría sostenerse una situación en el plano cronológico de simetría o cuasi-simetría de edad, que entendemos que debería llevar a la exclusión de la responsabilidad penal, por aplicación directa y automática de la cláusula del art. 183 bis CP al mayor de 14 años -menor de 18- que se relacionare sexualmente con un menor de 14 años en ese marco de diferencia etaria.

Es decir, la simetría o cuasi-simetría de edad, es un criterio, a nuestro juicio, que debe excluir la valoración específica de la proximidad en madurez y desarrollo físico y psicológico de los partícipes, puesto que, en ese lapso tan próximo en el plano cronológico, la semejanza en este sentido ha de presumirse con carácter *iuris et de iure*⁸³⁴.

Si bien, en adultos, el ámbito de lo erótico-sexual, permite las prácticas de carácter donde uno de los individuos pueda ocupar un rol de dominación, denigrando por ejemplo al otro *partenaire*, dentro de un contexto de ejercicio libre y voluntario de su sexualidad -una relación de masoquismo, por ejemplo-, en el caso de menores debería intervenir penalmente si se desarrollan tal clase de conductas con menores de 14 años (protagonizadas por parte de menores de edad responsables penalmente, esto es mayores de 14 años), por cuanto tal conducta, a la par de poder conllevar un riesgo de afección al libre desarrollo de

⁸³⁴ En este sentido, compartimos el planteamiento de BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 33.

la personalidad sexual mayor, puede influir en un momento de escasa madurez del sujeto pasivo de manera decisiva, en el desarrollo de su sexualidad.

En los casos de mayor diferencia de edad (más de 2 años de diferencia y no más de 5 años ⁸³⁵), tratándose uno de los intervinientes de un menor de 14 años (víctima irresponsable penal), y el otro mayor de 14 y menor de 18 años (victimario potencial, responsable penal por la LORPM), entendemos que podría aplicarse la cláusula a las relaciones entre menores de edad, uno de ellos capaz de responder penalmente y otro no cuando haya una diferencia de edad no superior a 5 años y sin considerar la práctica sexual desarrollada. A tal efecto, deberá valorarse pericialmente, en el caso concreto, a través de las exploraciones médico-legales, psicológicas y sociales oportunas.

De hecho, la proximidad en grado de desarrollo o madurez solo tiene sentido examinarla, precisamente, en los supuestos de edades cercanas pero no

⁸³⁵ Fijamos de manera propositiva este lapso, por extrapolación de las clasificaciones internacionales en materia de la American Psychiatric Association -APA- y su taxonomía diagnóstica, el manual DSM-V. En este sentido, uno de los requisitos para hablar, psiquiátricamente, de pedofilia es la diferencia de no menos 5 años de edad con el sujeto que se manifiesta tal atracción sexual. Esta determinación se reserva, por otra parte, para mayores de 16 años, según el mismo texto. De tal manera, menores de 16 años quedan fuera del campo de la pedofilia, y su atracción hacia menores de su edad -con un lapso diferencial de más de 5 años de diferencia- habrá que englobarlo en otras entidades nosológicas de la paidopsiquiatría, pero no en la pedofilia. En este mismo sentido, analizando la figura de la clasificación diagnóstica de la pedofilia y sus consideraciones, debemos señalar la aportación de BECERRA GARCÍA, J. A. (2012). “Consideraciones sobre la clasificación diagnóstica de la pedofilia en el futuro DSM-V” en *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, 103, 49-54.

A la par, véase en este sentido lo que manifiesta TAMARIT SUMALLA, J. M. (2015). “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011, en C. VILLACAMPA ESTIARTE Y T. AGUADO CORREA (Coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección* (pp. 87-106). Aranzadi, p. 92, cuando refiere diversos estudios que marcan como diferencia aproximada el lapso de 5 años, como marco a partir del cual una relación puede considerarse asimétrica.

simétricas o cuasi-simétricas, con ese margen de 2 años, donde ya ha de presumirse la misma madurez o desarrollo, sino en el lapso de 2 a 5 años.

Si, en el caso determinado, apreciadas las circunstancias, existiere una proximidad en grado de desarrollo o madurez, concurriendo tal marco de proximidad en edad, la respuesta jurídica propuesta es la exención de responsabilidad criminal al operar el precepto -183 bis CP- como una cláusula que excluye la tipicidad de la conducta.

De forma opuesta, si no existiere un grado de desarrollo o madurez semejante entre el afectado/a y el presunto victimario, será el Juez de Menores quien, a la vista del informe y de las divergencias constatadas, pueda aplicar la atenuación en su caso procedente de la responsabilidad del menor, conforme a los criterios de determinación e individualización de la medida educativo-sancionadora procedente, conforme a la LORPM, en consideración de los diversos criterios y postulados en que la determinación de las consecuencias jurídicas del delito que rigen en la misma⁸³⁶.

3.- Si la interacción sexual se produce entre un menor de 14 años de edad, y un mayor de 18 años, por tanto, mayor de edad a los efectos penales.

Cuando la diferencia de edad exceda de 5 años, no entendemos que se pueda considerar al sujeto activo próximo en edad, lo que no impide excluir, de

⁸³⁶ Por parte de HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (2003). Derecho Penal juvenil. Bosch, p. 352, se señala cómo “la LORPM no ha previsto alguna norma o regla jurídica concreta para dulcificar las consecuencias jurídicas en los casos de que concurra una eximente incompleta en el menor”, adicionando que consideraba tal autor necesario que el Juez de Menores ponderase tales elementos como factores para “reducir la responsabilidad penal del menor”.

una manera taxativa, que la cláusula se pueda aplicar con carácter eximente. Ello, eso sí, de manera excepcional, muy limitada y solo respecto de aquellos casos de acciones lúbricas de baja intensidad.

No podemos obviar el hecho de que el requisito de proximidad en edad es cumulativo al criterio madurativo. En consecuencia, requiriéndose por *ministerio legis* la conjunción en el seno del art. 183 bis CP, de manera copulativa siempre⁸³⁷, entre los dos elementos del binomio del precepto, rangos de diferencia de edad superiores a 5 años impiden, como regla, excluir la tipicidad de la conducta, si bien se admite alguna excepción, en el sentido indicado.

No obstante, diferente respuesta merece la posibilidad de atemperar la responsabilidad penal, vía art. 21.7 CP, por aplicación como atenuante analógica del art. 183 bis CP, por el fundamento de existencia de una menor gravedad de lo injusto, en razón de la existencia de una interacción sexual en la que, aunque no concurriera una edad tan próxima como para excluir la responsabilidad penal, sí exista una semejanza madurativa y una ausencia de lejanía etaria, que permitieran sustentar un menor desvalor de la acción y del resultado.

Incluso en hipótesis, no sería descartable de plano la opción de plantear la concurrencia de la circunstancia del art. 20.1.^º en relación con el art. 21.1.^a CP o con el art. 21.7.^a CP, a los efectos de la atenuación o exención por razón de trastorno psíquico, si se apreciara un posible déficit cognitivo o madurativo que

⁸³⁷ V. a efectos ilustrativos sobre tal cuestión, lo que nos recuerda el ATS Sala II, 470/2020, de 18 de Junio (F.J. 2º, letra D), cuando señala, respecto del 183 quater CP, que “*el precepto exige, de forma conjunta y no alternativa, que la proximidad sea tanto por edad como por grado de desarrollo y madurez*”. Asimismo este criterio cumulativo se ha venido sosteniendo otras resoluciones previas del Alto Tribunal (vgr. ATS Sala II 617/2017, de 23 de marzo, STS Sala II 1001/2016, de 18 de enero de 2017, entre otros).

pudiera en su caso tener resonancia en la esfera de la culpabilidad, en tanto que pueda mermarse la imputabilidad del individuo, aun de manera parcial⁸³⁸.

En todo caso, como hemos apuntado en varias ocasiones en esta tesis, consideramos que la actual edad de consentimiento en 16 años supone un límite excesiva e injustificadamente alto para la permisión de la sexualidad activa, y como tal, sostenemos que *de lege ferenda* el límite mínimo debiera ser reducido a la edad de 14 años, por coherencia, tanto con la realidad biológica, como por una cuestión jurídico-sistemática.

Desde la legislación penal, con la edad de 14 años fijada en el art. 1.1 LORPM, hasta la legislación civil y administrativa, la edad de 14 años tiene una especial trascendencia y es considerada por el legislador, en otros ámbitos – algunos, en el espectro de la libertad sexual⁸³⁹– como hito determinante.

Tal postura se sufraga, además, por parte de un sector relevante de la doctrina española, que se ha pronunciado en este mismo sentido, por la patente inadecuación de la edad de 16 años a la realidad social y biológica del desarrollo

⁸³⁸ Nótese cómo se puede advertir que el retraso madurativo es una entidad que debemos considerar vinculada con un elemento determinante de una menor culpabilidad. DECAMINADA, F. (1995). *Maturità affettiva e psicosessuale nella scelta vocazionale*. Monti, p. 95, viene a estudiar en profundidad la madurez afectiva, identificándola con madurez psicosexual. En este sentido, destacamos una serie de ideas del autor: 1) La falta de madurez psicoafectiva o psicosexual implica una falta de libertad interna; 2) Se puede encontrar en personas que, sin embargo, tienen una adecuada capacidad en otras esferas; 3) Puede presentarse en comorbilidad con otros trastornos mentales. CORNACHIONE LARRÍNAGA, M. A. (2006). *Psicología del desarrollo. Adulter*. Alianza Editorial, p. 93, identifica los siguientes rasgos como definitorios de la madurez: “autonomía, conductas apropiadas a las circunstancias, ponderación y equilibrio, estabilidad, responsabilidad, cercanía afectiva, claridad en objetivos y propósitos y dominio de sí”. El CIE-10 (F 70-79), viene a definir el retraso mental como el “desarrollo mental incompleto o detenido, caracterizado principalmente por el deterioro de las funciones concretas de cada época del desarrollo”. Por tanto, la inmadurez, a un determinado nivel patológico, puede ser un rasgo indicativo de una torpeza mental o discapacidad cognitiva, al haberse detenido, o al menos ralentizado en exceso, determinadas funciones o mecanismos psicológicos que deberían haberse desarrollado o evolucionado.

⁸³⁹ Nos referimos a la autodeterminación sexual del menor, estudiada en la Parte III de esta Tesis.

de la esfera sexual de los menores, apostando por fijar la edad de consentimiento en 14 años, tanto en momentos previos a la reforma de la LO 1/2015⁸⁴⁰, como con posterioridad⁸⁴¹.

5. Cuestionamiento entorno a la existencia o apreciación de una “edad máxima” para la aplicación de la cláusula del art. 183 bis CP.

Si la cuestión de la fijación de una “edad mínima” para la aplicación de la cláusula presenta, a la luz del principio de legalidad, ciertas dudas razonables en cuanto a su implementación a menores de corta edad, por las razones expuestas anteriormente y en relación, precisamente, con la naturaleza de la protección que el ordenamiento jurídico-penal pretende dispensar, los verdaderos problemas estriban en la fijación de una edad máxima para poder apreciar, sin consideración a los efectores de desarrollo y madurez física y psicológica, la inaplicabilidad absoluta de la cláusula. Es decir, se trataría de fijar un *dies ad quem*, un punto final respecto del que un menor de 16 años no puede consentir válidamente en ningún caso ni circunstancia.

⁸⁴⁰ Entre las voces de nuestra doctrina favorables a la postura que sostenemos, para fijar una edad de consentimiento sexual en 14 años, destacan GÓMEZ TOMILLO, M. (2011). *Comentarios al Código Penal* (2.^a Ed.). Lex Nova, p. 728; ROPERO CARRASCO, J. (2014). Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 225-300. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2083>, pp. 271 y 273; RAMOS TAPIA, M. I. (2015). La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y a su adecuación a la Directiva 2011/92/UE. En C. VILLACAMPA ESTIARTE y T. AGUADO CORREA (Coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección* (pp. 117-138). Aranzadi, p. 125.

⁸⁴¹ V. PÉREZ MACHÍO, A. I., y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (2020). La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos. En A. I. PÉREZ MACHÍO y N. J. DE LA MATA BARRANCO (Dirs.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada* (pp. 25-68). Aranzadi, p. 62. También en la misma línea, v. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. (2022). Validez del consentimiento libre del menor de 16 años. Análisis del artículo 183 quater CP. En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, P. ESQUINAS VALVERDE (Dirs.); M. A. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 447-491). Aranzadi, pp. 479.

Tal planteamiento, que sería abstractamente deseable desde el plano de la seguridad jurídica, comporta en su anverso que, fuere cual fuere la respuesta que se conceda, traería consigo la necesaria restricción, y la consecuente incriminación en casos en los que, a pesar de una notable diferencia de edad, el desarrollo y madurez –de valorarse–, pudieran ofrecer una respuesta de cierto equilibrio entre los intervinientes. Se trata de los supuestos que ameritarían, abstractamente, quizá no una exención plena de responsabilidad, sino una simple atenuación.

No existe un límite etario máximo a la hora de aplicar la cláusula del art. 183 bis CP que esté tasado expresamente en la norma penal, puesto que optó el legislador por un sistema abierto, en el que solo se establece un criterio de “proximidad”, de forma que, al igual que con el consentimiento (con el problema de la “claridad” en su expresión), la significación del concepto de proximidad ha tenido un tratamiento manifiestamente desigual en nuestro sistema, a la luz de la cláusula, como analizaremos en el siguiente capítulo. También expondremos algunos supuestos analizados por los tribunales respecto a esta materia.

No obstante, respecto de la edad máxima, a la luz del propio tenor de la cláusula, cabe concluir dos posturas abstractamente:

- a) Una posibilidad, es considerar que la proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez, como elemento copulativo, está interconectado y solo cuando existe proximidad en edad puede valorarse el grado de desarrollo o madurez, desde este primer postulado. Esta es la

interpretación mayoritaria de nuestra doctrina⁸⁴²⁸⁴³ y del Tribunal Supremo⁸⁴⁴.

- b) Otra opción, aunque esta resultaría difícilmente asumible con la conjunción “y” entre los conceptos de edad-grado de desarrollo o madurez física y psicológica, es interpretar el binomio de una manera disyuntiva o yuxtapuesta, al estilo del sistema noruego, en el que se

⁸⁴² V. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2015). *Derecho Penal español. Parte especial*. Tirant lo Blanch, p. 258; BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 13; GARCÍA RIVAS, N. y TARANCÓN GÓMEZ, P. (2021). Lección 17ª. Agresión y abusos sexuales. En F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.) y A. VENTURA PÜSCHEL (Coord.), *Tratado de Derecho Penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas* (3.ª Ed., pp. 1117-1204). Tirant lo Blanch, pp. 1193-1196; BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2022a). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M. A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2ª Ed., pp. 199-220). Editorial Comares, pp. 217 y ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2022). El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros. En *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección* (pp. 97-142). Tirant lo Blanch, pp. 134 y ss.; SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. (2022). Validez del consentimiento libre del menor de 16 años. Análisis del artículo 183 quater CP. En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS y P. ESQUINAS VALVERDE (Dirs.); M. A. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 447-491). Aranzadi; MUÑOZ CONDE, F. (2022). *Derecho Penal Parte Especial* (24ª Ed.). Tirant lo Blanch, pp. 253 y ss.; ORTS BERENGUER, E. (2022). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II. En J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Derecho Penal Parte Especial* (7.ª Ed., pp. 245-258). Tirant lo Blanch, pp. 250-251.

⁸⁴³ Aspecto distinto es que los autores que reconocen que la dicción del texto legal exige una concurrencia de los elementos de edad y desarrollo o madurez física y psicológica no sean críticos con tales postulados, y que se propongan por otros modelos de intervención penal. A estos efectos, v. RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2016). *Política Criminal, Cultura y Abuso Sexual de Menores*. Tirant lo Blanch, p. 184 y ss. Por BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a), *op. cit. supra*, se cuestiona abiertamente la indagación en la vida sexual de los jóvenes que puedan verse afectados por un proceso penal a consecuencia de la regulación de la cláusula, precisamente puesto que convierte en excepción lo que debería ser regla general, que es la validez y libertad de los adolescentes y jóvenes para mantener relaciones e interacciones sexuales entre sí, excepto que concurriera, como señala RAMOS TAPIA, algún elemento indiciario de asimetría de poder (por edad, p.ej.) entre los integrantes u otra forma de relación de abuso de superioridad, por RAMOS TAPIA, M. I. (2015). La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y a su adecuación a la Directiva 2011/92/UE. En C. VILLACAMPA ESTIARTE y T. AGUADO CORREA (Dirs.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección* (pp. 117-138). Aranzadi. También críticos con la formulación de la proximidad y la cuestión de edad, GARCÍA RIVAS, N. y TARANCÓN GÓMEZ, P. (2021), *op. cit. supra*, p. 1194, cuando apuntan a la inseguridad para los menores, por moverse el legislador en una “deliberada ambigüedad” que es objeto de crítica.

⁸⁴⁴ Por todas, SSTs nº 1001/2016, de 18 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:88); nº 478/2019, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3397), y en el ATS 655/2020, de 10 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:7711A)

valora la proximidad en edad y también se valora, independientemente, la proximidad en desarrollo o madurez, siendo bastante una de las dos posibilidades para la validación de la relación sexual⁸⁴⁵.

Tal solución, de *lege ferenda*, podría resolver una buena parte de los problemas actuales derivados de la conjugación de un factor puramente objetivo (edad) con aspectos biopsíquicos que son, a nuestro juicio, más relevantes en el plano de la posible afección a la indemnidad sexual del menor incurso en la relación sexual, y que no debieran haberse equiparado por el legislador en nuestro criterio.

A la luz de los cambios operados recientemente por la LOGILS en 2022, y su posterior rectificación por la LO 4/2023 respecto de algunos de los cambios introducidos por la anterior, se puede afirmar que los límites de edad máxima de aplicación de la cláusula y los criterios interpretativos de la Fiscalía General del Estado, entorno a su invocación con efectos atenuantes siguen plenamente vigentes, por cuanto de forma expresa la Circular 1/2023 de Fiscalía General del Estado ha señalado en el apartado dedicado a la modificación del art. 183 quater CP (que pasa, desde 2022, a ser el 183 bis CP), su ratificación en la interpretación efectuada por la Circular 1/2017.

En efecto, no deja de sorprender en este sentido la divergencia existente entre el Tribunal Supremo y la restricción a la aplicación atenuante de la cláusula del art. 183 bis CP, frente al mantenimiento del postulado del Fiscalía General del

⁸⁴⁵ Véase a estos efectos, entre las muchas críticas, la referencia de RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2016). *Política Criminal, Cultura y Abuso Sexual de Menores*. Tirant lo Blanch, p. 184.

Estado en este sentido. Mas, también es igualmente inexplicable que, el mismo órgano que está sosteniendo una interpretación sumamente rigorista del consentimiento sexual, que va más allá a nuestro juicio de los límites textuales del art. 178.1 CP, sostenga sin embargo la posibilidad de aplicar a un joven de 24 años que mantiene relaciones con otro de 14 años una atenuación de su responsabilidad penal. De tal modo que existe una desarmonía en lo atinente a los criterios rectores en la protección de la libertad e indemnidad sexuales, con espacios de paradójica flexibilidad, unidos a otros de extraordinario rigor.

La explicación más simple es que, desde 2017 hasta la actualidad, la materia que nos ocupa ha sufrido importantes modificaciones normativas como de la concepción social de estos comportamientos, que hace casi imposible seguir una línea de interpretación coherente, sin apreciar un giro en alguno de los criterios empleados, hasta hace unos años, frente a los presentes.

CAPÍTULO II

EL CRITERIO DE PROXIMIDAD CRONOLÓGICA

1. Notas introductorias: sobre la adecuación del precepto a las exigencias de los principios de legalidad (taxatividad) y seguridad jurídica.

El estudio de la adecuación de la redacción del vigente artículo 183 bis del Código Penal, en atención a principios fundamentales del ordenamiento jurídico, como son los principios de legalidad (taxatividad) y seguridad jurídica, positivizados en la Carta Magna (arts. 9.3 y 25 CE), constituye una cuestión fundamental sobre la que conviene efectuar algunas observaciones.

El axioma *nullum crimen sine previa lege* se erige en una de las piedras angulares de nuestro sistema penal, al exigir que la conducta delictiva se encuentre claramente descrita en la ley penal. WELZEL señalaba que “*el auténtico peligro que amenaza al principio nulla poena sine lege no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas*”⁸⁴⁶. Sin embargo, ROXIN (1997, p. 170)⁸⁴⁷ nos recuerda también que hay que admitir, necesariamente, cierto grado de indeterminación en la medida de las variadas interpretaciones que admiten los conceptos empleados por el legislador.

En este sentido, advirtiéndolo que el Derecho se constituye a través del lenguaje, formado por conceptos a veces polisémicos o vagos en sus contornos, no puede evitarse un cierto juicio valorativo, máxime en los casos de los

⁸⁴⁶ Apud ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos* (D. M. LUZÓN PEÑA, M. DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO y J. DE VICENTE REMESAL, Trads.). Civitas, p. 170.

⁸⁴⁷ Op. cit. *supra*, p. 170.

elementos de naturaleza normativa. Ahora bien, la taxatividad y, por ende, la determinación del alcance de la ley penal (también de las normas eximentes o limitadoras de la responsabilidad criminal), como concibe BRICOLA (1965, p. 279 y ss.)⁸⁴⁸, viene a ser esencial, no solo para preservar la vigencia de libertad y autodeterminación de los ciudadanos, sino también para proteger otros derechos constitucionales de los mismos en su actuación.

Son muchos los autores en el Derecho Penal que han analizado el concepto o exigencia de *lex certa* como uno de los elementos vertebradores más relevantes del Principio de Legalidad⁸⁴⁹, con diversos matices.

En razón a esta idea, la llamada “interpretación estricta” (para nosotros, interpretación restrictiva) se ha visto notablemente desarrollada, como recuerda FERRERES COMELLA (2002, p. 125)⁸⁵⁰, por el concepto norteamericano de la “*rule of strict interpretation*” o “*rule of lenity*”. El mismo autor efectúa un interesante análisis de la tendencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁸⁵¹ a favor de una interpretación benigna o laxa (de ahí la referencia a la lenidad) de las normas

⁸⁴⁸ En BRICOLA, F. (1965). *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*. Milán, Italia: Giuffrè.

⁸⁴⁹ En este sentido, a título meramente ilustrativo y sin exhaustividad, no podemos dejar de referir diversas aportaciones, todas ellas sumamente interesantes, como las de ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2002). *Derecho Penal parte general* (2ª ed.). EDIAR, pp. 116 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2004). *El principio de legalidad penal* (1ª ed.). Tirant Lo Blanch, p. 21; MIR PUIG, S. (2011). *Derecho Penal Parte General* (9ª ed.). Reppertor, p. 107; HASSEMER, W. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Bosch, pp. 221-240. Resaltable es, sin duda, la perspectiva de SCHÜNEMAN, B. (1978). *Nulla poena sine lege?* (Aufl. ed.). De Gruyter, p. 35 y ss., en la formulación de una superación de los elementos determinables en un cierto porcentaje -más del cincuenta por ciento, afirma, del contenido de la norma-, para superar esa taxatividad. A tal efecto, véase la reflexión en ROXIN sobre lo anterior, en *op. cit.* n. 50, p. 172.

⁸⁵⁰ V. FERRERES COMELLA, V. (2002). *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*. Civitas.

⁸⁵¹ Cita el autor antes enunciado las importantes Sentencias de la Corte Suprema de los EE.UU, en los casos de *Rewis vs. USA* de 1971 y el histórico pronunciamiento del caso *Wiltberg vs. USA* de 1820, prohibiendo la existencia de *common law crimes* (delitos consuetudinarios, no tasados) en ámbito federal.

penales que no sean taxativas o estrictas en su dicción a favor del reo; valorándose además el interesante aspecto diferencial entre ambigüedad y vaguedad, como elementos graduales de una misma realidad, atendiendo a la imprecisión de la norma.

En nuestro ámbito europeo, resulta también la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH *Sunday Times vs. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, del famoso “caso de la *Talidomida*”), donde se afirma, citamos textualmente: *“Una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita la ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado”*.

Por tanto, ligado al concepto de taxatividad, debe encontrarse el de seguridad jurídica, entendida como una previsibilidad de aplicación de la norma⁸⁵², lo que no excluye un cierto y legítimo “halo de incertidumbre”⁸⁵³ inherente al empleo de conceptos jurídicos indeterminados, que lleva a una indefectible labor de exégesis para la valoración de la significación, alcance y contenido del concepto, así como para la subsunción precisa en el caso concreto que proceda.

Ahora bien, el Derecho Penal, por vocación, no puede acudir a un abuso o uso indiscriminado y maximalista de esta clase de elementos, en tanto que por el legalismo de nuestro sistema criminal, supondría depositar en manos del juez

⁸⁵² Véase en DE VICENTE MARTINEZ, R., *op. cit. supra*, p. 193.

⁸⁵³ En el concepto empleado por la STC nº 135/2018, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TC:2018:135), AD. 6º, en relación a la argumentación de la Abogacía del Estado.

del caso concreto una facultad ponderativa excesiva, que podría conducir a iniquidades y desigualdades mayúsculas en la aplicación de la norma punitiva.

De una manera explicativa, pero muy gráfica, el Tribunal Constitucional español vino a señalar que *“el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no ... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas”*⁸⁵⁴.

Pues bien, aplicando lo anterior a la cláusula objeto de examen, ésta se configura sobre una serie de conceptos jurídicamente indeterminados o abiertos a una interpretación, en la que el margen de discrecionalidad resulta particularmente intenso. Como destaca GONZÁLEZ AGUDELO (2021, p. 137)⁸⁵⁵, la valoración del criterio de proximidad en edad –que exige, a nuestro juicio como presupuesto, la fijación de unos estándares de mínimos y máximos de edad para efectuar tal ponderación posterior– ha sido un elemento más que “indeterminado”, de apreciación puramente “discrecional” en sus palabras.

En efecto, parece que la voluntad del legislador, al introducir criterios valorativos tan amplios a la hora de poder aplicar la cláusula del art. 183 bis CP,

⁸⁵⁴ V. STC nº 46/1990, de 15 de marzo (ECLI:ES:TC:1990:46), FJ 4º.

⁸⁵⁵ V. GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La Sexualidad de los Jóvenes: Criminalización y Consentimiento*. Tirant lo Blanch.

es dotar a los órganos judiciales de un extenso margen valorativo, lo que no es intrínsecamente negativo, pero sí conlleva ciertos riesgos. El mayor de ellos es que la discrecionalidad pueda tornarse en una aplicación manifiestamente desigual, y contraria por tanto a la seguridad jurídica, pues amparo del mismo texto legal se estarían admitiendo soluciones muy dispares derivadas –en gran medida– de la sensibilidad y concepciones propias de los interpretes, no solo de conceptos de carácter indeterminados –e.g. madurez y grado de desarrollo–, sino incluso sobre los propios límites máximos y mínimos de edad en los que el ordenamiento jurídico permite interactuar con menores de 16 años lícitamente en el ámbito sexual⁸⁵⁶.

Dicho de otro modo, a la luz de la inexistencia de una claridad conceptual sobre los mínimos y máximos, la actividad sexual de los menores de 16 años corre el riesgo de “criminalizarse” de una manera injustificada y contraria a la propia esencia de la tutela del desarrollo libre de la personalidad sexual, si la cláusula no responde a dos cuestiones: límites mínimos y máximos, y posibilidad de aplicación atenuante y no solo eximente. Y efectivamente, la cláusula no responde a estas cuestiones.

⁸⁵⁶ A lo anteriormente expuesto de las diferencias entre el criterio de la Circular 1/2017 de Fiscalía General del Estado, frente a las reseñadas Sentencias del Tribunal Supremo, en la doctrina judicial encontramos casos antagónicos, como señala GONZALEZ AGUDELO, *op. cit. supra*, p. 138, ilustrando el ejemplo de la SAP Navarra, Sección 1ª, nº 229/2018, de 26 de septiembre (ECLI:ES:APNA:2018:873), que acepta una diferencia de 8 años de edad para poder aplicar la cláusula con efecto eximente; como también lo hace, con misma diferencia, la SAP Barcelona, Sección 6ª, nº 132/2017, de 16 de febrero (ECLI:ES:APB:2017:1306) y la SAP Baleares, Sección 2ª, nº 262/2018, de 11 de julio (ECLI:ES:APIB:2018:1676); frente a la STS Sala II, nº 1001/2016, cfr. n.s anteriores, en la que se niega la aplicación con ocho años y medio de edad, así como la STS, Sala II, nº 287/2018, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2211), en semejante línea interpretativa.

Tabla: Estructura lógica de aplicación de la cláusula del art. 183 bis CP

Premisa 1: Concurrencia de una acción sexual

Premisa 2: Presencia de “consentimiento libre” de la persona sobre la que recae la acción.

Premisa 3: Edad inferior a 16 años de la persona sobre la que recae la acción.

Premisa 4: Edad superior a 14 años de la persona que realiza la acción o determina al menor de 16 años a realizarla, sobre sí mismo o un tercero.



Valoración 1: Determinación de la proximidad en edad de los sujetos

Valoración 2: Determinación de la proximidad en grado de desarrollo o madurez física y psicológica de los sujetos.

Una vez conocida la edad de los participantes en el comportamiento de naturaleza sexual, la aplicación de la cláusula implica la realización de un doble juicio valorativo: por un lado, uno entorno a la proximidad en edad entre los sujetos; y, cumulativamente, otro referido a la proximidad en el grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

En relación con los límites, hay dos aspectos destacables. Uno primero, respecto de los umbrales mínimo y máximo. La segunda cuestión vidriosa, es la diferencia de edad máxima en la que se puede aplicar la cláusula, en el entendimiento de que no será equivalente en función de la edad de los sujetos.

Una norma penal que deja en absoluta indeterminación cualquier criterio en este sentido (no son pocas las que abusan de los conceptos jurídicos de esta

naturaleza), debe ser necesariamente cuestionada, en primer lugar, por su dudosa constitucionalidad.

Si un destinatario estándar, es decir, el ciudadano, no puede conocer de una lectura razonable del precepto qué límites existen para entablar una eventual relación sexual con una persona menor de 16 años sin constituir infracción penal, se somete a un riesgo de incriminación, sustanciado esencialmente en la interpretación que se efectúe, en cada caso concreto, por la Autoridad Judicial y el Ministerio Fiscal.

Máxime, cuando en el momento de finalización de este estudio –mayo de 2023–, el panorama de la seguridad jurídica resulta especialmente delicado en el ámbito de la aplicación de la legislación penal en esta materia. Fundamentalmente, por cuanto la doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo, a propósito de la sentencia del caso “Arandina”⁸⁵⁷, opta por una interpretación⁸⁵⁸ que choca con los planteamientos exegéticos –ya expuestos, anteriormente– de la Circular 1/2017, de Fiscalía General del Estado, sobre la aplicación de la cláusula

⁸⁵⁷ V. STS nº 930/2022, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489), FJ 8º, se pronuncia expresamente en estos términos: “Nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurran entre autor y víctima. Pero, al mismo tiempo, no se ha construido un “espacio intermedio” entre la total responsabilidad y la total irresponsabilidad (...) Pero esta aplicación de la exención o de la atenuante analógica muy cualificada solo puede ir en el actual estado de la cuestión a favor o de la exención absoluta cuando concurran todos los factores, y si no concurren con la absoluta responsabilidad. El texto penal no permite una opción intermedia”.

⁸⁵⁸ Como antecedente a esta interpretación, sirva también la referencia a la STS 337/2018, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2658), en la que avisa de lo “maniqueo” del legislador, al ofrecer como opciones, según la interpretación del texto por la Sala, de la exoneración plena de responsabilidad frente a la plena incriminación, avisándose de las consecuencias punitivas tan graves que puede conllevar tal postura, de “todo o nada”, ofreciéndose en la práctica y exclusivamente, en atención a la aplicación del actual 183 bis CP, a una horquilla entre la absolución y penas equivalentes a las de un homicidio, aspecto que, con tal rigor e impacto, solo se presenta en este ámbito del Derecho Penal.

en los casos de diferencia etaria que permitan su apreciación, en forma de circunstancia atenuante por analogía⁸⁵⁹. Igualmente sucede en no pocos pronunciamientos judiciales precedentes que han optado por tal solución⁸⁶⁰, incluido el propio Tribunal Supremo⁸⁶¹. En los pronunciamientos referidos, se ha entendido que la cláusula de exención del art. 183 bis CP puede ser interpretada también en forma incompleta, por la aplicación a través de la atenuante analógica del art. 21. 7ª CP.

El problema de entender concurrente o no el criterio de la proximidad cronológica constituye una de las cuestiones que ha generado en la aplicación práctica ciertas diferencias de aplicación, por no haberse optado por un criterio cronológico puro sino por una fórmula abierta que da lugar a respuestas casuísticas, pero que por el contrario permiten ampliar el ámbito de la cláusula, que ante diferencias semejantes de edad (*e.g.* lapsos de hasta 9 años de diferencia entre sujeto activo y pasivo), han decidido soluciones tan dispares como la apreciación de la cláusula con carácter eximente⁸⁶², como atenuante, o sin aplicación alguna⁸⁶³. Ello, en virtud de las diferencias madurativas o de otro orden, ponderadas en los casos.

⁸⁵⁹ Llegando a permitir la aplicación a jóvenes de hasta 24 años de edad, con diferencia de hasta 10 años de edad respecto del sujeto pasivo menor de edad, de 14 años, por ejemplo.

⁸⁶⁰ El número de pronunciamientos es elevado, y sirvan como referencia ilustrativa la STSJ Castilla La Mancha nº 21/2020, de 15 de julio (ECLI:ES:TSJCLM:2020:1626); SAP La Rioja, Sección 1ª, nº 169/2018, de 12 de diciembre (ECLI:ES:APLO:2018:660).

⁸⁶¹ V. STS, Sala II, nº 672/2022, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3008), FJ 2º.

⁸⁶² Entre otras, a efectos meramente ilustrativos, v. SAP Barcelona, Sección 6ª, nº 132/2017, de 16 de febrero (ECLI:ES:APB:2017:1306), que aprecia la aplicación de la cláusula con efecto eximente, en un caso de diferencia de 6 años de edad (12-18 años) y con acreditado déficit cognitivo de la víctima.

⁸⁶³ *Cfr.* n. 12.

Lo que se constata es que, a mayor proximidad del sujeto pasivo a la edad de consentimiento sexual, se permite un mayor rango de diferencia de edad, al acortarse las diferencias madurativas. En cambio, cuanto más baja sea la edad del sujeto pasivo, menores tendrán que ser las diferencias cronológicas con el sujeto activo⁸⁶⁴.

En lo referente a la proximidad en edad, existen pocos ejemplos en los países de nuestro entorno cultural o jurídico que no opten por un criterio cronológico puro, que implica la fijación de diferencias de edades entre los intervinientes del intercambio sexual (a excepción de los países nórdicos).

La ausencia del establecimiento de un tramo o límite de diferencia de edad, puede ser entendida positivamente -en comparación con lo que podría suponer un escenario más limitado-. A costa de la cierta indeterminación, se consigue un propósito mayor, que es aplicar la cláusula a marcos de diferencia de edad mayor que los que se aplica en otros ámbitos del derecho comparado. Por ello, a pesar de las objeciones efectuadas en cuanto a la seguridad jurídica, el hecho es que admite una cierta flexibilidad, que se puede mostrar beneficiosa.

Si estamos ante criterios de naturaleza valorativa, no puede sorprender que se tenga que llegar hasta tal momento de la vista de un proceso para concluir la adecuación o no a la legalidad de la actuación; salvo que en fase de instrucción, al amparo de los artículos 637, 641 y 779.1.1ª LECrim., el órgano efectúe una

⁸⁶⁴ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc>, pp. 23 y ss.

valoración anticipada, a propósito de la decisión sobre la continuación de la investigación, sea en el marco de la conclusión del Sumario en el Procedimiento Ordinario –primeros dos preceptos enunciados–, sea en el de las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado.

Valoración que por otra parte, y en la medida de la imposibilidad de que se puedan otorgar instrucciones generales o particulares sobre la interpretación de las normas a los Jueces y Tribunales (ex art. 12.3 LOPJ), solo puede ser orientada para el Juez -potestativamente, no de forma vinculante- por la jurisprudencia, que, debemos señalar que en esta materia pasa por ser, a día de hoy, poco certera en lo atinente a la fijación de un criterio hermenéutico consolidado sobre los marcos de edad, por la propia naturaleza de la cláusula.

A lo precedente, reiteramos, una discrepancia no resuelta actualmente entre los criterios de la Circular FGE 1/2007 frente a la doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo sobre la inaplicabilidad de la cláusula con carácter atenuante por analogía. Este es un aspecto nuclear, puesto que, precisamente el rigor de la norma en cuanto a la elevación de la edad de consentimiento, y las diferencias de edad entre los sujetos intervinientes, se canalizaban en no pocos casos a través de una apreciación parcial de la responsabilidad criminal, mediante la atenuación analógica, que permitía ajustar el reproche penal de un modo más proporcionado en términos estrictos de justicia material.

No son pocos los casos en los que, sin existir una proximidad en edad en sentido estricto que permita exonerar al sujeto activo de su responsabilidad (verificada la simetría en desarrollo o madurez, por supuesto), sí existe una

cercanía suficiente como para no interpretar la relación en clave de una diferencia insalvable o tributaria de una esencial posición de dominio o superioridad⁸⁶⁵ del sujeto de mayor edad respecto del menor, que es la esencia de la protección de la indemnidad sexual de tal joven o adolescente.

2. Propuestas interpretativas entorno a la simetría y asimetría de edad.

Entorno a la cláusula y la proximidad en edad, resulta de interés el planteamiento, entorno a la significación de la proximidad de edad que plantea GONZÁLEZ AGUDELO (2021, p. 133)⁸⁶⁶, valorando si el concepto puede extenderse al “grupo etario” de referencia en el que el menor se inserte, derivado de cuestiones de índole diversa a una cuestión estrictamente cronológica, sino más bien de índole sociológico, educativo, antropológico o étnico, incluso. Como advierte la autora, citamos textualmente: *“la edad cronológica, no puede ser por sí sola un criterio de comparación directo, pues el desarrollo personal y la madurez no se corresponden de forma simétrica con la edad biológica”* (p. 133)⁸⁶⁷.

En un planteamiento teórico abstracto, la valoración del “grupo etario” en vez de la comparación cronológica pura, podría tener una cierta eficacia

⁸⁶⁵ Es decir, la valoración de la existencia de una actividad sexual “compartida”, en la que los integrantes no tienen una posición de poder respecto del otro derivada del abuso o prevalencia de la edad de uno respecto de la del otro, como apuntan BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 16 y TAMARIT SUMALLA, J. M. (2015). “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011. En C. VILLACAMPA ESTIARTE y T. AGUADO CORREA (Coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección* (pp. 87-106). Aranzadi, p. 92.

⁸⁶⁶ V. GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La Sexualidad de los Jóvenes: Criminalización y Consentimiento*. Tirant lo Blanch.

⁸⁶⁷ *Ibidem*.

atemperadora del rigor punitivo, al considerarse una contraposición de factores ambientales, educativos y sociales para determinar la pertenencia al “grupo etario” y no solo una cuestión de cronología pura. Desde esta perspectiva, la propuesta es sugestiva. Ahora bien, también advertimos, en un sentido contrario, el riesgo que implica un planteamiento que introduzca, también en el plano de aquella parte del binomio llamada a la cierta objetividad, elementos nuevamente susceptibles de una apreciación discrecional. ¿Es del mismo grupo etario alguien que, a pesar de tener diferente edad, comparte curso por haber repetido? ¿El grupo etario en una zona deprimida socio-económicamente se hace más amplio o menos que en una zona con mayores recursos y nivel cultural medio más elevado? Son planteamientos, a mero título ilustrativo, que podrían derivarse de la introducción de elementos de tal nivel de subjetividad en el ámbito de la comparación en edad.

Atendiendo la deriva del Derecho Penal sexual hacia postulados de carácter moralizante, no podemos dejar de advertir el riesgo de que, ya en clave de la comparación de edad, antes de considerar aspectos de desarrollo o madurez de los integrantes, se pueda dar cabida a cuestiones con un fuerte componente valorativo y que pudieran alterar el foco de tutela –la indemnidad sexual– en clave de otros elementos ajenos a un Derecho Penal moderno en esta materia.

Actualmente, el binomio en el que se integra la cláusula del art. 183 bis CP se compone de un criterio *cronológico* (edad) –pretendidamente objetivo– y otro de carácter *bio-psico-fisiológico* (madurez física y psicológica) –marcadamente subjetivo–, que aparecen de manera cumulativa o copulativa.

En ello estimamos, a nuestro juicio, que radica una parte relevante de los problemas de aplicación, y es que precisamente, la composición de la cláusula, en plano de igualdad, de dos cuestiones que no son equivalentes, ni en su contenido ni en su significación o relevancia para la tutela del bien jurídico protegido. La proximidad en edad es una cuestión que, enunciada en la forma que lo hace la norma, ofrece dudas en la seguridad jurídica, precisamente porque en abstracto, puede dar cabida o puede rechazar, con la misma ausencia de certeza, la aplicación de la cláusula.

Si la cláusula se concibe por nuestro Tribunal Supremo en términos maniqueos –“*todo o nada*” en su aplicación– como ha resultado de su último pronunciamiento sobre esta cuestión, la ausencia de proximidad en edad habrá de ser interpretada como factor tributario de la inaplicación, y por tanto, de la condena al sujeto al marco penal correspondiente a la figura típica, con arreglo a los criterios del art. 66 CP. La cuestión radica, precisamente, en si la proximidad en edad es equivalente a la proximidad en desarrollo o madurez.

Aunque de *lege lata* y vista la postura exegética del Tribunal Supremo anteriormente señalada, la respuesta es afirmativa, nuestro criterio disiente de tal interpretación. La proximidad en edad es un factor relevante, en la medida que comúnmente se acepta la existencia de un proceso dinámico en los seres humanos, en el que se adquiere con el paso del tiempo factores de madurez, estabilidad emocional y comprensión de las relaciones humanas, que forman la personalidad del individuo en los diversos planos, también en el sexual. Por ello, la falta de proximidad en edad, puede determinar una posición de poder del sujeto activo frente al pasivo, pero no es indefectible tal correlación. Es decir, no

toda relación con desequilibrio de edad atenta contra la indemnidad sexual, puesto que el desequilibrio de edad es un elemento graduable, de manera que se puede afirmar que, a mayor diferencia de edad, la instrumentalización del menor y los riesgos de una afección al desarrollo de su personalidad sexual, aparecen con mayor nitidez y justifican una intervención sancionadora del Derecho Penal.

Ahora bien, a nuestro juicio, lo que indefectiblemente concede tal predominio es la diferencia en grado de madurez intelectual, y ésta no siempre se puede ligar directamente a la mayor edad de un individuo frente a otro. En este sentido, compartimos con BOLDOVA PASAMAR (2021, p. 14)⁸⁶⁸ su afirmación de que lo determinante de la cláusula es “el desequilibrio o desigualdad madurativa entre los sujetos”. Lo anterior no puede llevarnos a admitir las relaciones entre sujetos de gran diferencia de edad pero con una madurez psicológica y física pareja, puesto que ello nos conduciría a una interpretación del modelo ausente de factores objetivos (cronológicos), que dotaría aun más de inseguridad un terreno abonado a la incertidumbre, como es que estamos transitando.

Sin embargo, en sentido contrario, ante la ausencia de un criterio uniforme sobre lo que es próximo en edad, a los efectos normativos, las interpretaciones que se ofrezcan, tanto desde la propia Fiscalía General del Estado (en su Circular 1/2017, mencionada en diversos momentos), como por la doctrina, no dejan de ser aportaciones que quedan al arbitrio del órgano instructor o sentenciador, con los intrínsecos riesgos que comporta la variabilidad de criterios y sensibilidades

⁸⁶⁸ *Op. cit.* n. 19.

de cada juzgador, desde la “sana crítica” con la que se pondera los elementos de prueba.

Desde la perspectiva de la redacción actual, el concepto de proximidad en edad, entendemos que admite ser interpretado como lo hace BOLDOVA PASAMAR (2021, p. 27)⁸⁶⁹, en el sentido de que las relaciones entre personas con una diferencia de edad inferior a dos años (simetría de edad) no requieren de la valoración de la proximidad en desarrollo o madurez, al poderse presumir la misma. El autor propone una interpretación que llevaría a un modelo de simetría cronológica que apareja, *iuris et de iure*, la madurativa, que nos resulta convincente, puesto que cualquier indicio de que no concurriera tal simetría madurativa, en un marco cronológico tan próximo, afecta a la libertad en el consentimiento prestado, con lo que la cláusula no sería aplicable, por tal razón.

Entre sujetos con una diferencia de dos a cinco años, sí procede valorar la proximidad en grado de desarrollo o madurez, precisamente a los efectos de poder excluir la responsabilidad criminal, en aquellos casos en que no siendo simétrica la edad, sí existe tal marco de proximidad en el plano bio-psico-fisiológico del menor implicado y del sujeto activo (menor o mayor de edad, en todo caso, mayor de 14 años).

Por encima de los cinco años, la cláusula actualmente solo entendemos que admitiría un efecto atenuante de la responsabilidad criminal, si bien, tal

⁸⁶⁹ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc>

comprensión queda mediatizada por la doctrina del Tribunal Supremo referida en la Sentencia nº 930/2022, ya expuesta. Precisamente, tal rigor en la comprensión de la inexistencia de un cauce sustantivo, a juicio del Alto Tribunal⁸⁷⁰, para poder acoger una posible aplicación del actual art. 183 bis CP con efecto diverso de la exención plena de la responsabilidad criminal, nos refuerza en algunas de las convicciones alcanzadas a través de esta investigación, que se expondrán en las conclusiones, sobre la necesidad de disminuir la edad de consentimiento sexual y/o de variar el contenido de la cláusula vigente.

Siendo que a la primera de las cuestiones se le dedicará una sección final de este trabajo (cfr. Propuestas de *lege ferenda*), sobre la premisa *ceteris paribus* en lo atinente al régimen vigente, es decir, manteniendo la redacción y la edad de consentimiento sexual, la propuesta interpretativa de la Circular 1/2007, sobre la posibilidad de apreciación de la atenuante analógica (art. 21.7 CP), en relación con la cláusula del art. 183 bis CP (antes 183 quater CP), resulta una propuesta acorde con la finalidad de la norma y con el principio de proporcionalidad.

⁸⁷⁰ Nótese la existencia de pronunciamientos contradictorios del propio Tribunal Supremo en esta cuestión, con escasos meses de diferencia. Nos referimos a la STS, Sala II, nº 672/2022, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3008), FJ 2º, en la que se estima procedente la aplicación analógica del art. 183 quater CP, en virtud de la previsión del art. 21.7 CP, lo que niega la STS 930/2022 de la misma Sala, escasos meses después. Véase también aplicando esta previsión, la STS, Sala II, nº 699/2020, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4326), FJ 4º; SAP Vizcaya, Sección 2ª, de 14 de noviembre (ECLI:ES:APBI:2018:2680); SAP Las Palmas, Sección 1ª, nº 34/2019, de 6 de febrero (ECLI:ES:APGC:2019:350), FJ 3º; SAP Álava, Sección 2ª, nº 40/2021, de 17 de febrero (ECLI:ES:APVI:2021:245), FJ 6º; A favor de su aplicación como atenuante analógica, v. RAFOLS PÉREZ, I. J. (2020). La asimetría de edad en los delitos contra la libertad sexual. La cláusula del art. 183 quater del Código Penal. *Libertas- Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 9, 165-185, p. 174.

El Tribunal Supremo⁸⁷¹ sistematiza las posibilidades de aplicación del art. 21.7 CP y el ámbito de analogía a efectos atenuantes, en función de cinco supuestos o circunstancias –citamos textualmente–: “(a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal ; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal”.

Celebramos el sentido hermenéutico de la Fiscalía General en la referida Circular, en pos de atemperar el rigor de una norma que puede dar lugar a resultados patentemente desproporcionados e injustos, mediante la extensión de la aplicación del art. 21.7 CP para “construir” una atenuante analógica en casos de concurrencia incompleta de los requisitos de la cláusula. En efecto, las horquillas penológicas hacen que transitemos desde la impunidad de una conducta (si se considera la aplicación de la cláusula) a la sanción de cualquier acto con trascendencia sexual –actualmente– como una agresión sexual a un

⁸⁷¹V. STS nº 516/2013, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3510). Referenciada por la propia Fiscalía General, en su Circular 1/2017, para apoyar la argumentación favorable a la aplicación analógica del art. 183 quater CP (hoy 183 bis CP), en supuestos en que no concurren ambos criterios (cronológico y bio-psico-fisiológico).

menor de 16 años (recordando que, actualmente, la misma no exige violencia o intimidación como modo comisivo), castigada con penas de 2 a 6 años de cárcel en su modalidad básica, que puede elevarse a un marco de entre 8 y 12 años de prisión, en el caso de una relación sexual coital u oral, aun habiendo obrado la voluntad del sujeto pasivo, cuando no se apreciare la concurrencia de la cláusula.

Lo anterior, es decir, la justicia material que subyace a los planteamientos de la Circular 1/2017, entendemos que admite otra solución explicativa, que permite justificar la aplicación del art. 21.7 CP (atenuante analógica) en relación con el art. 183 bis CP.

CEREZO MIR (2004, pp. 368)⁸⁷² establece que para la apreciación de una circunstancia atenuante analógica, *“no basta con que se trata de una circunstancia que suponga menor gravedad de lo injusto o de la culpabilidad, pero tampoco es preciso que su sustrato fáctico sea análogo al de alguna de las circunstancias”*. Compartimos con Díez RIPOLLÉS (2016, p. 324)⁸⁷³ que cualquier circunstancia que se quiera apreciar, a la luz del art. 21.7 CP, debe requerir, además de *“una disminución de injusto, culpabilidad o punibilidad, un fundamento específico análogo al de una circunstancia del art. 21”*.

⁸⁷² V. CEREZO MIR, J. (2004). *Curso de Derecho Penal español: Teoría jurídica del Delito* (6ª, Vol. 2). Tecnos Editorial.

⁸⁷³ V. Díez RIPOLLÉS, J. L. (2016). *Derecho Penal Español. Parte General* (4.ª Ed.). Tirant lo Blanch, que coincide con su maestro, CEREZO MIR, *op. cit. supra*, en esta postura. También en esta línea, MIR PUIG, S. (2011). *Derecho Penal Parte General* (9.ª ed.). Reppertor, p. 633. En un sentido contrario, a favor de la extensión de la aplicación del art. 21.7 CP *“a cualquier elemento que justifique una reducción de lo injusto, culpabilidad o de la consecuencia jurídica, por razones político-criminales”*, se pronuncia SANCHEZ LÁZARO, F.G. (2022). Las circunstancias atenuantes y agravantes del delito. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M. A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2ª Ed., pp. 315-330). Editorial Comares, p. 320.

De esta manera, compartiendo plenamente la finalidad última de la propuesta interpretativa de la Fiscalía, en la referida Circular 1/2017, entorno a la necesidad de atemperar el rigor punitivo y la desproporción que puede suponer la imposición de penas de tal nivel, entendemos que ha de sustanciarse en una valoración del fundamento del art. 183 bis CP. Dicho precepto supone la expresión del ejercicio de un derecho del menor de 16 años a desarrollar, en el marco de su evolución personal, prácticas sexuales con personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez físico y psicológico. Se trata, por tanto, de una ponderación entre la tutela de la indemnidad sexual –predicada, in genere, de los menores de 16 años– frente a supuestos en los que la permisión del ejercicio activo de la sexualidad por parte de jóvenes de edad inferior a la de consentimiento sexual, aparece como una forma de expresión de su personalidad, de formación de sus gustos e inclinaciones, y en suma, de una libertad sexual que se está conformando.

En caso de la existencia de una plena apreciación de la proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez, la conducta del sujeto activo no será tributaria de respuesta penal, atendiendo a la exclusión de la tipicidad de la conducta prevista en el art. 183 bis CP. Ahora bien, en los supuestos en que uno de los requisitos no se cumpla (es decir, aquellos en los que no exista proximidad cronológica o madurativa), puede sostenerse la potencial aplicabilidad del art. 21.7 CP, como atenuante analógica (ya sea simple, o muy cualificada, en función de la intensidad de la concurrencia de los factores, o de la entidad del que no concurra), puesto que el fundamento de la atenuación se encuentra, precisamente, en la relación con el art. 20.7 CP, en el “ejercicio de un derecho”,

que en este caso ha de considerarse la aptitud del individuo para poder involucrarse sexualmente con un tercero de semejante edad y madurez.

Dado que es posible que esa semejanza en edad y madurez no concurran plenamente, la atenuación de la pena por tal motivo obedece, sin duda, a la misma *ratio* o fundamento que la circunstancia eximente mencionada. Asimismo, coherentemente con que la eximente de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho excluye la antijuridicidad, en el caso de la atenuante, que se basa en mismo fundamento, lo injusto queda atenuado o disminuido.

CAPÍTULO III

EL CRITERIO DE PROXIMIDAD MADURATIVA

1. Notas introductorias: sobre la adecuación del criterio de proximidad madurativa a las exigencias de los principios de legalidad (taxatividad) y seguridad jurídica.

En la formulación ambivalente o dual de la cláusula de consentimiento sexual de una manera cumulativa (y no disyuntiva) al criterio cronológico entre los sujetos activo y pasivo, se añade la cuestión de determinar la proximidad madurativa. Semejante cuestión abre un horizonte de gran complejidad en diversos planos, no solo en el jurídico-penal en un sentido estricto (que es donde se conduce, finalmente, la valoración y consecuencias de la misma), sino que precede a tal cuestión otras dudas o planteamientos que guardan relación con la psicología y la psiquiatría forense, tanto como la pedagogía y educación, que han de concurrir para alcanzar una concepción de esta materia, que se inician desde la propia definición de los términos (desarrollo, madurez) y la proyección de los mismos.

A diferencia del criterio cronológico, para cuya determinación no se precisa de conocimientos ajenos al propio Derecho, el criterio madurativo necesita de la intervención de profesionales ajenos a nuestra disciplina, que se ocupan de la evolución de los menores. Mientras que la edad es una cuestión sobre la que el disenso puede existir en cuanto a la procedencia o no de la fijación de una serie de límites cronológicos, más o menos elevados, y la admisión de unos lapsos de diferencia sustentados en una preconfiguración del legislador (algo que, en

España, no se ha escogido), o bien, un arbitrio judicial sobre tal extremo (una formula abierta, como la del art. 183 bis CP), las discrepancias en el ámbito de lo madurativo y del desarrollo abarcan planteamientos más profundos, puesto que la problemática radica en la esencia conceptual y en la existencia de medios adecuados para su ponderación o medición comparativa, con un grado de seguridad, igualdad y fiabilidad de suficiente entidad que permita su aplicación sistematizada a los procesos valorativos en que se tengan que introducir tales claves analíticas.

Por ello, comenzamos esta exposición intentando definir los conceptos que nos atañen, ante su carácter jurídicamente indeterminado y ante la inexistencia de un consenso científico absoluto que permita axiomatizar sobre sus elementos esenciales. Conviene desglosar y discriminar lo relevante para esta cláusula, como es la madurez psicológica, frente a un elemento residual, el desarrollo físico.

2. El concepto de madurez psicológica: una cuestión controvertida.

Por cuestiones de técnica legislativa, ante la realidad compleja que el Derecho penal se ve llamado a regular, resulta frecuente que en nuestro texto se acuda a formulaciones en las que se introducen elementos de carácter valorativo o conceptos jurídicos indeterminados extrapenales, que exigen del órgano judicial la “realización o confirmación de juicios de valor”⁸⁷⁴, por ser solo

⁸⁷⁴ V. CEREZO MIR, J. (2004). *Curso de Derecho Penal español: Teoría jurídica del Delito* (6ª, Vol. 2). Tecnos Editorial, p. 117 y ss.

susceptibles –a diferencia de los elementos descriptivos, que son perceptibles sensorialmente– de una abstracción mental para su ponderación⁸⁷⁵.

Así se componen un número elevado de figuras típicas, y en consecuencia, tal posibilidad se extiende a las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, tengan naturaleza de causa de atipicidad, justificación, exculpación, e incluso, para las excusas absolutorias.

En el caso del concepto de “madurez”, nos encontramos con un elemento de carácter manifiestamente extrapenal en su origen, propio de las ciencias que estudian la mente humana y su comportamiento. Desde el plano de la psicología, la “madurez psicológica” ofrece una riqueza conceptual extraordinaria e inabarcable para nuestro objeto de estudio.

Sin rehuir de un intento de aproximación, a los exclusivos efectos que nos ocupan⁸⁷⁶, con carácter previo a 1960, las investigaciones destacadas de autores como GRIFFIN (1976, pp. 46 y ss.)⁸⁷⁷ y WILLOUGHBY (1935, p. 5)⁸⁷⁸, apuntan a la

⁸⁷⁵ V. MEZGER, E. (1935). *Tratado de Derecho Penal* (J. A. Rodríguez Muñoz, Trad.). Editorial de la Revista de Derecho Privado, diferencia entre los conceptos indeterminados, y aquellos que están simplemente referidos a valor. CEREZO opone a esta con en su manual, la de KUNERT, que niega que los elementos valorativos del tipo, en la medida que son “según él, descripciones de algo natural junto con actividades valorativas, emocionales, de la sociedad en relación con ello”, en KUNERT, K. H. (1958). *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*. De Gruyter, pp. 93 y ss.

⁸⁷⁶ La aproximación a esta materia, a los exclusivos efectos de establecer referencias a otros ámbitos de conocimiento en los que se estudian en profundidad estos conceptos se realizan a partir del análisis de diversas obras, siendo referencial a nuestro objeto el estudio doctoral de ZACARÉS GONZÁLEZ, J. J. (1994). *Madurez psicológica: un análisis teórico y empírico de un constructo evolutivo* [Tesis Doctoral]. Universidad de Valencia, cuya aportación resulta de extraordinario calado, en el marco que nos atañe, por la retrospectiva analítica del estado de la cuestión, que permite dibujar los contornos conceptuales de la madurez psicológica. Serán continuas, en esta parte de la investigación, las referencias a su trabajo que, tras los analizados, compendia exhaustivamente la materia que nos atañe.

⁸⁷⁷ V. GRIFFIN, S. E. (1976). *Psychological maturity in adults: A factorial analysis and a theoretical model* [Tesis Doctoral no publicada]. The Pennsylvania State University.

⁸⁷⁸ V. WILLOUGHBY, R. R. (1935). A scale of emotional maturity. *Journal of Social Psychology*, 3, 3-35.

formulación de un concepto de “madurez emocional”, con una fuerte carga conceptual del psicoanálisis, advirtiendo que la madurez es la *“liberación del narcisismo y de la ambivalencia, abandono del egocentrismo, el logro de impulsos socializados y de una nueva percepción (“insight”); aceptación emocional del principio de realidad y una condición analizada”*.

Por su parte, otros autores, como JERSILD (1954) [apud GRIFFIN (1976)] distingue, como nos ilustra ZACARÉS GONZÁLEZ (1994, p. 108)⁸⁷⁹, «*otros tres tipos de madurez, la moral, la intelectual y la social. Su definición general de madurez es la de “grado en el que una persona ha descubierto y es capaz de emplear los recursos de los que va llegando a disponer en el proceso de crecimiento”*».

Es en 1977, señala ZACARÉS GONZÁLEZ (1994, p. 117 y ss.)⁸⁸⁰, el momento en que destaca particularmente el planteamiento de HEATH (1977, p. 6)⁸⁸¹, cuando advierte que *“la persona se conceptualiza como un sistema que puede describirse en términos de cuatro sectores de su personalidad: habilidades cognitivas, autoconcepto, valores y relaciones personales. La maduración en cada área se define por cinco dimensiones evolutivas interdependientes, simbolización, alocentrismo, integración, estabilidad y autonomía, a través de las cuales el sujeto va madurando”*.

El célebre autor MASLOW (1973, *passim*)⁸⁸² propuso un modelo de madurez, desde la comprensión de la misma, desde la perspectiva de la autorrealización, entendida como “motivación y necesidad”.

⁸⁷⁹ Ibidem.

⁸⁸⁰ Ibidem.

⁸⁸¹ V. Heath, D. D. (1977). *Maturity and competence: A transcultural view*. Gardner Press.

⁸⁸² V. MASLOW, A. H. (1973). *El hombre autorrealizado: Hacia una psicología del Ser* (R. RIBÉ, Trad.). Kairós.

Por último, destacamos, por su relevancia a los efectos que nos atañe, el modelo conceptual que contrasta la “madurez psicosocial” y el “desarrollo de edad”, que corresponde a GREENBERGER Y SORENSEN (1974, *passim*)⁸⁸³. En estos autores debemos detener nuestra atención, en cuanto a la interesante conclusión de su análisis, y es precisamente, la falta de correlación estricta entre la madurez psicosocialmente considerada y el trascurso de la edad, rechazando el concepto de “madurez temporal” expresamente, cuando se advierte que se “*confunden uno de los diversos mecanismos que subyacen a la madurez psicosocial -el aumentar en edad- con el resultado (madurez) en sí mismo*”⁸⁸⁴.

En conclusión, se puede advertir, como lo hace los citados autores, la existencia de un crisol de conceptos entorno a la madurez psicológica, que se sustancia, esencialmente, en tres perspectivas dogmáticas: la teórica, la del propio sujeto en desarrollo y la del lego (p. 441).

No existe, en efecto, una concepción mayoritariamente estandarizada de la madurez psicológica, ante la influencia de los prismas valorativos y los sesgos de los distintos planos de investigación –el predominio de teorías sociológicas, psicoanalíticas, etc., condicionan los resultados, al traspasar a los métodos y planteamientos–.

⁸⁸³ V. GREENBERGER, E. y SORENSEN, A. B. (1974). Toward a concept of psychosocial maturity. *Journal of Youth and Adolescence*, 258-329.

⁸⁸⁴ Extraído de ZACARÉS GONZÁLEZ (1994), *op.cit. supra*. p. 130.

Desde la antropología, otros autores⁸⁸⁵ niegan la adecuada comprensión del concepto de madurez, ni desde el plano psicológico (por partir, a su juicio, equivocadamente, de la premisa del “yo-psicológico” como base del estudio), ni tampoco desde el plano biológico-psiquiátrico, por un reduccionismo del individuo a sus partes materiales, apostando por un enfoque social y funcional del individuo en el marco de sus relaciones con terceros.

En nuestra opinión, la llamada madurez psíquica también debe contemplarse desde un correlato en el plano biológico-estructural cerebral⁸⁸⁶. Los nuevos estudios basados en las llamadas neurociencias ponen especial hincapié en que la maduración cerebral se concluye entorno a los 25 años⁸⁸⁷, esto es, momento en el que la neuroplasticidad disminuye de forma notoria. No obstante, la capacidad del cerebro humano para adquirir nueva información y procesarla adecuadamente, no desaparece hasta la muerte⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ V. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, A., MARTÍN PALACIO, M. E. y BERMÚDEZ REY, T. (2009). Competencias de desarrollo personal y social: la idea de madurez como institución antropológica. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2, 663-670.

⁸⁸⁶ V. ROSSELLI, M. (2003). Maduración Cerebral y Desarrollo Cognoscitivo. *Revista Latinoamericana en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 1(1), 125-144. <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v1n1/v1n1a05.pdf>;

⁸⁸⁷ Se extrae de OLIVA DELGADO, A. et alii (2011). *Instrumentos para la evaluación de la salud mental y el desarrollo positivo adolescente y los activos que lo promueven* (A. OLIVA DELGADO, Ed.). Junta de Andalucía. Consejería de Salud, p.119, citando a GOLDBERG, E. (2001). *Executive Brain: frontal lobes and the civilized mind*. Oxford University Press, *passim.*, que las vías neuronales que unen la corteza órbito-frontal y algunas estructuras límbicas, están desarrollándose durante la segunda década de la vida, a lo que OLIVA atribuye dificultades para “el proceso racional para tomar decisiones requiere de la identificación y análisis del problema, de la ponderación de los criterios de decisión, de la búsqueda de información, de la génesis y evaluación de diferentes alternativas de solución, de la puesta en marcha de la decisión y de su evaluación posterior.

⁸⁸⁸ Es lo que, en el ámbito geriátrico, se observa respecto de las personas de edad avanzada, en la que se producen casos de plasticidad funcional, que tiene una función de naturaleza compensatorio, donde el cerebro sigue mostrando su capacidad de reorganizarse, frente a ciertos déficits. De esta forma, la plasticidad neuronal es un elemento persistente en la vida del ser humano, si bien, a mayor edad, se presenta de menor forma o intensidad.

Precisamente, en relación con el ámbito de la formación de la personalidad sexual, resulta especialmente relevante desde el plano de la preservación del menor en su proceso madurativo, la consecuencia que extrae VALDÉS MIYAR (2015, *passim*.)⁸⁸⁹, cuando afirma que los niños que crecen en un “*ambiente de abuso físico o sexual tienen mayor probabilidades de padecer psicopatología en el futuro (...) y presentan una menor densidad neuronal en el hipocampo, la amígdala, la corteza prefrontal y, sobre todo, en el cuerpo calloso, en que se observa una reducción de tamaño muy notable*”.

Es por ello que el neurodesarrollo y la maduración en las diversas esferas de la persona (la sexual particularmente) están ligados a factores físicos, psicológicos, ambientales y socio-relacionales, que determinan el grado de competencia del individuo para poder formar de manera autónoma sus decisiones, inclinaciones y gustos, así como para poder afrontar las diversas contingencias, adaptándose al entorno y aprovechando las diferentes circunstancias en el modo que estima más conveniente a sus intereses.

En la práctica clínica, el término “madurez” se entiende como la capacidad de adaptación del individuo a su medio y de tolerar la frustración o adversidad, derivados de factores biológicos, psicológicos y estructurales o sociales, que conforman la identidad y personalidad del sujeto.

⁸⁸⁹ V. VALDÉS MIYAR, M. (2015). *Arquitectura de la psiquiatría*. Plataforma Actual.

3. Criterios para la valoración de la proximidad en madurez psicológica⁸⁹⁰

La valoración del grado de desarrollo y madurez psicológico de los integrantes de la acción sexual investigada en el marco de un proceso penal, en el ámbito en que se desenvuelve el art. 183 bis CP, presenta notables retos, como puede evidenciarse de la divergencia de criterios existentes entorno al propio concepto de madurez, un elemento de carácter extrajurídico y sobre el que centran sus investigaciones diversos campos del conocimiento.

Ante la inexistencia, ya no de una previsión legal o reglamentaria sobre el contenido de la valoración de la proximidad madurativa, sino de protocolos unificados en la Administración de Justicia española al efecto, la adecuada valoración de tales elementos se constituye en un verdadero problema de seguridad jurídica e igualdad, por la trascendente influencia que la determinación va a comportar para la aplicación o no de la cláusula y a la postre, para la exigencia de responsabilidad penal al sujeto que mantenga una interacción sexual con un menor de 16 años de edad.

Precisamente, en atención a la fijación de criterios sólidos argumentalmente, se trata de protocolizar, mediante el recurso a ciertos instrumentos psicométricos, un uso estandarizado de criterios de valoración de elementos que tienen tal grado de subjetivismo. Sin perjuicio de la existencia de

⁸⁹⁰ Para esta parte de la Tesis se ha contado con el generoso asesoramiento de la Dra. Cristina Andreu Nicuesia, Psicóloga Forense y docente universitaria, quien nos ha facilitado material e información para conocer, de una manera directa, métodos verificados para la valoración de la madurez psicológica en el particular contexto del art. 183 bis CP, fruto no solo de su dilatada práctica forense, sino de su particular especialización en las intervenciones periciales psicológicas en esta clase de supuestos. El criterio que sostenemos se funda, además de la literatura consultada, en la interpretación y conceptos facilitados por la misma a este investigador, para poder aproximarse a este ámbito, ajeno al Derecho penal, con pretendido rigor.

otras interpretaciones, nos resulta particularmente convincente el procedimiento actuarial que aplica modelo del “Psychological Maturity Assessment”⁸⁹¹ (test PSYMAS), bajo el prisma de concepción del modelo teórico multidimensional de la madurez de GREENBERGER y SORENSEN (1974)⁸⁹².

La aplicación de protocolos como el indicado presenta como claves la transparencia y la replicabilidad del método. Por consiguiente, la valoración crítica y la refutabilidad de los resultados obtenidos permite aseverar que, las decisiones y elementos de valoración, se sustentan no en meras “impresiones” sino en corroboraciones científicamente estandarizadas, lo que conduce a un incremento de la seguridad en la toma de decisiones que, en este caso, se traduce en una protección más elevada de los derechos fundamentales de las partes sometidas al proceso penal.

Este modelo engloba tres áreas: Orientación al Trabajo, Identidad y Autonomía, junto con una escala de Madurez Global. Cuenta además con una escala de control. La edad de aplicación máxima se fija en 18 años. De estas facetas, únicamente la Identidad puede tener una relación más directa con los hechos juzgados.

⁸⁹¹ Sobre este modelo, desarrollado por MORALES-VIVES y cols. (2012), existe nutrida literatura científica, v. MORALES-VIVES, F., CAMPS, E. y LORENZO-SEVA, U. (2013). Development and Validation of the Psychological Maturity Assessment Scale (PSYMAS). *European Journal of Psychological Assessment*, 29(1), 12-18. <https://doi.org/10.1027/1015-5759/a000115>; MORALES-VIVES, F., CAMPS, E., LORENZO-SEVA, U. y VIGIL-COLET, A. (2014). The Role of Psychological Maturity in Direct and Indirect Aggressiveness in Spanish Adolescents. *Spanish Journal of Psychology*, 17. <https://doi.org/10.1017/sjp.2014.18>; RODRIGO APIO, J. J. y ANDREU RODRÍGUEZ, J. M. (2017). Evaluación psicológica de la madurez psicosocial en adolescentes. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 17, 14-31; entre otros.

⁸⁹² Cfr. N. 10.

Hemos de partir de la premisa de que la madurez es un concepto evolutivo y dinámico, considerando la realidad de que los adolescentes no poseen un concepto global de madurez, sino que tal elemento se desarrolla en relación con ciertas áreas de la capacidad de decisión y actuación con mayor intensidad que con otras. La madurez guarda una fuerte relación con cuestiones neurofisiológicas y hormonales también, de manera que existen patentes asincronías entre individuos de la misma edad e incluso, del mismo contexto o entorno familiar, social o relacional.

Los aspectos que se estudian con mayor interés, al efecto de contemplar la madurez en el plano de la cláusula, se sustancian en tres ejes: los procesos cognitivos y emocionales ligados a la toma de decisiones (valores como la templanza o prudencia, se identifican con esta cuestión madurativa); los vinculados de la habilidad para valorar y anticiparse a las consecuencias de las propias acciones y de sus repercusiones (lo que identificamos como perspectiva) y la responsabilidad, entendida como la percepción del grado de autonomía o independencia ligado al sentimiento de identidad, que se conduce a una aptitud del sujeto para poder resistir los distintos estímulos en pos de un criterio propio.

Resulta trascendente, para poder ponderar adecuadamente los procesos de deliberación y consecuente actuación de la persona –especialmente de los adolescentes– distinguir entre lo que SILBER (2011)⁸⁹³ denomina procesos de “cognición fría” (en inglés, “*cold cognition*”) frente a los de “cognición caliente”

⁸⁹³ V. SILBER, T. J. (2011). Adolescent Brain Development and the Mature Minor Doctrine. En *American Academy of Pediatrics eBooks*. American Academy of Pediatrics. <https://doi.org/10.1542/9781581106473-ch04>

(en inglés, *“hot cognition”*). Los primeros corresponden a aquellos procesos o dinámicas de pensamiento coherentes con el desarrollo racional, reflexivo y centrado en la valoración de riesgos a largo plazo, en los que no intervienen –o lo hacen de una forma muy limitada– los factores de excitación, física o emocional y los factores grupales. Por el contrario, en los procesos de cognición caliente, se oponen radicalmente a los anteriores, siendo los que se desarrollan en comportamientos de carácter impulsivo, impremeditados o en los que la fase interna de deliberación se ve fuertemente comprimida, dando lugar a un fugaz tránsito de la ideación a la acción.

A la hora de ponderar, en el caso concreto, los factores de proximidad en madurez psíquica, deben considerarse los elementos que han intervenido en la relación o intercambio sexual y los factores contextuales relevantes (ambientales y personales), a los efectos de encuadrar las decisiones adoptadas en el marco de las acciones de “cognición fría o caliente”.

A partir del estudio individualizado, se obtendrán factores psicométricos, con las correcciones correspondientes, para permitir una cierta “comparativa de madurez” con arreglo a parámetros y variables cuantificadas, a partir de las escalas obtenidas –con los oportunos factores de corrección–, de forma que la determinación de la proximidad se oriente a un modelo positivizado o estructurado de comparación, desarrollada con los mismos parámetros para ambas partes intervinientes, replicable como un protocolo o patrón y que permita dotar de una seguridad y fiabilidad adecuada a la ponderación de estos elementos.

En la práctica judicial, no obstante, la comparación del grado de madurez, más allá de los criterios psicométricos ofrecidos por las pruebas proyectivas y los informes forenses.

La Circular 1/2017 de Fiscalía General afirma que *“como ha señalado la doctrina, el núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual”*⁸⁹⁴.

De lo anterior, resulta de interés el énfasis en dos conceptos: experiencias y expectativas del sujeto activo y pasivo del delito en la acción sexual desarrollada.

Por una parte, en el ámbito de las experiencias sexuales previas, tanto las eventualmente compartidas con el sujeto activo, como especialmente, las previas del sujeto menor de 16 años, intervienen como un factor relevante para fijar ponderar su grado de madurez en el plano sexual, en la medida que supone un acervo vivencial relevante para estudiar el grado de desarrollo de su personalidad en la esfera sexual. En cuanto a las experiencias sexuales previas, no se trata solo de comparar los actos objetivamente realizados en momentos precedentes, sino el contexto relacional en que los mismos se producen. Así pues,

⁸⁹⁴ Este criterio de conjugación entre el grado de experiencia sexual y las expectativas de los intervinientes, como criterios valorables en el ámbito de la madurez psicológica, ha sido asumido por diversos pronunciamientos judiciales, entre otros, SAP Madrid, Sección 4ª, nº 391/2021, de 20 de diciembre (ECLI:ES:APM:2021:15000), SAP Cádiz, Sección 3ª, nº 118/2022, de 20 de abril (ECLI:ES:APCA:2022:1351) FJ 7º; STSJ de Extremadura, Sala Civil y Penal, nº 1/2023, de 10 de enero (ECLI:ES:TSJEXT:2023:1). En términos de grado de experiencia “psicosexual”, v. SAP La Rioja, Sección 1ª, nº 169/2018, de 12 de diciembre (ECLI:ES:APLO:2018:660) FJ 4º.

la experiencia sexual virtual no es equiparable a la física, ni la propia de un contexto de relación afectiva de pareja a las consideradas en el ámbito de las relaciones esporádicas.

Ligado a lo anterior, las expectativas de los intervinientes permiten valorar la concurrencia de una relación sexual “compartida” frente a una interacción asimétrica, entendiéndose que precisamente la afección al desarrollo de la personalidad sexual es más acusada cuanto mayor es la divergencia de expectativas e intereses que los intervinientes proyectan en la acción sexual, de manera que es “compartida” siempre que los interactuantes entiendan la relación desde un código común⁸⁹⁵.

Existen otros factores valorados, entre los que destacamos aspectos como la ponderación de la capacidad intelectual de los intervinientes⁸⁹⁶, grupos etarios⁸⁹⁷, relaciones familiares⁸⁹⁸ y orígenes socio-culturales⁸⁹⁹. También la capacidad de expresión lingüística se ha considerado elemento valorativo o indicativo de madurez⁹⁰⁰.

⁸⁹⁵ Es lo que, otros momentos, hemos diferenciado entre la trascendencia de las primeras interacciones sexuales para alguien poco o nada experimentado (lo que podrá ser concebido como un hito, al menos, en ese momento, quizá tamizado con el paso del tiempo y experiencias adquiridas), frente a considerar el acto sexual como “uno más” en un desarrollo más dilatado.

⁸⁹⁶ V. STSJ Aragón, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, nº 40/2020, de 27 de julio (ECLI:ES:TSJAR:2020:903), FJ 2º y 3º; SAP Cantabria, Sección 3ª, nº 282/2020, de 7 de julio (ECLI:ES:APS:2020:606), FJ 1º;

⁸⁹⁷ V. SAP Islas Baleares, Sección 2ª, nº 262/2018, de 11 de julio (ECLI:ES:APIB:2018:1676), FJ 3º, no emplea esta expresión, pero sí su contenido, al hablar de que los sujetos “compartían entorno social, de amistad y lúdico (contexto *simétrico*)”

⁸⁹⁸ Destacadamente, la existencia de madurez sexual precoz se ha valorado en algún caso por la maternidad de la menor, v. SAP Madrid, Sección 26ª, nº 527/2019, de 23 de septiembre (ECLI:ES:APM:2019:9246).

⁸⁹⁹ Ponderados, entre otros factores, en la SAP Navarra, Sección 1ª, nº 229/2018, de 26 de septiembre (ECLI:ES:APNA:2018:873), FJ 4º.

⁹⁰⁰ V. STSJ Madrid, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, nº 265/2019, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TSJM:2019:13428) FJ 1º, SAP Alicante, Sección 10ª, nº 266/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:APA:2020:1338), FJ 3º, ligado a la presencia física, se valora la forma de declarar en cuanto a expresión.

4. La valoración de la proximidad en desarrollo físico

Mientras que los criterios valorativos del desarrollo o madurez psicológica, con todos los matices y aspectos enunciados, han sido objeto de una evolución y desarrollo conceptual a partir de los postulados de la psicología y de la psiquiatría, en orden al estudio de la personalidad y de la evolución de los seres humanos en tal esfera, resulta particularmente dudosa la cuestión de la necesidad de comparación entre magnitudes de carácter físico, a los efectos del grado de desarrollo en este ámbito.

Como se analizó en otros momentos del estudio (cfr. Parte I de esta Tesis), resulta a nuestro juicio patentemente irrelevante para valorar la adecuación a Derecho de una potencial conducta de interacción sexual consentida por un menor de 16 años su proximidad de desarrollo físico con otro.

A los efectos de la valoración física del desarrollo puberal, en atención a una potencial comparativa, entendemos que existen algunas escalas eventualmente referenciales a los efectos de estandarizar las apreciaciones descriptivas. Quizá la más relevante es la creada por el endocrinólogo británico J.M. TANNER en 1962⁹⁰¹, que identifica 5 etapas desde el desarrollo infantil de los órganos sexuales al propio de la edad adulta. También es frecuente acudir, a los efectos de valorar el inicio de la edad puberal del varón, a la medición con el orquidiómetro de PRADER⁹⁰².

⁹⁰¹ V. TANNER, J. M. (1962). *Growth at adolescence*. Blackwell Scientific.

⁹⁰² V. AGÜERO, G. y BERNER, E. (2021). Concordancia en la medición testicular de varones adolescentes con 3 métodos de orquidometría. *Archivos Argentinos de Pediatría*, 4(119), 251-258.

Dichas escalas tienen una eficacia limitada, y algunos autores en las ciencias forenses las descartan para ciertos usos, como la ponderación de las imágenes pornográficas de menores⁹⁰³.

Su valor para verificar la proximidad de desarrollo físico entre los integrantes de la acción sexual es, metodológicamente hablando, limitado y solo puede contribuir a advertir desde un plano físico la existencia de signos externos de inicio de la pubertad o el grado de desarrollo puberal.

5. Postura personal interpretativa entorno a la exigencia de la proximidad en grado de desarrollo o madurez físico y psicológico.

Conviene advertir de la inexistencia de modelos de intervención psicológico-forenses protocolizados a nivel nacional, que se funden, como el que nos hemos limitado a esbozar, en grandes líneas, por tratarse de aspectos que se escapan a nuestro objeto de investigación y a los precisos conocimientos que hacen falta para su exposición detallada.

No obstante, se puede aseverar que, a día de la fecha de depósito de esta investigación, no existen protocolos uniformemente acordados en todos los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses de España para la valoración del grado de madurez psicológica, a pesar de que se trata de una cuestión

⁹⁰³ V. GABRIELLI, O. A. (2019). Pornografía infantil: Escala de Tanner, ¿utilidad o ficción? *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, 30, 28-33.

conflictiva, sobre la que se requiere asiduamente por los Juzgados y Tribunales que se efectúen valoraciones periciales al efecto.

Ello es así en tanto que, aun cuando la verificación de la concurrencia de los requisitos legales de aplicación del art. 183 bis CP atiende a una cuestión jurídico-penal, que entronca en el ámbito de la esfera valorativa del órgano de instrucción y/o enjuiciamiento, el aspecto subjetivo de la cláusula (valoración del grado de madurez psicológico, también el físico, pero en menor medida) requieren, para que se pueda efectuar de una manera rigurosa y metodológicamente aceptable, que se proceda a una intervención pericial, en atención a desarrollar la valoración a través de una técnica secuenciada y contrastable de los factores integrantes de la madurez psicológica de los individuos.

Los parámetros para la comparación del desarrollo madurativo de los explorados tienen que encontrarse debidamente estandarizados para poder ofrecer resultados que reúnan unas adecuadas condiciones para su interpretación por los Tribunales. A la par, los modelos, escalas y elementos psicométricos a través de los que se pretenda objetivar y analizar los factores madurativos deben encontrar expresión en el informe que resulte de la labor pericial, para que permita verificar a los intervinientes y a los propios órganos de instrucción y/o enjuiciamiento la concurrencia de un proceso metodológicamente adecuado para alcanzar las conclusiones obtenidas, como factor de comprobación de la validez del estudio desarrollado.

No nos resultan convincentes las valoraciones judiciales sustentadas en comparaciones de carácter puramente subjetivo, que no se sustentan en

ocasiones en estudios periciales, sino en meras apreciaciones. Particularmente, las que se efectúan entorno a la presencia física, forma de expresión o grado de estudios de los intervinientes resultan inadecuadas, a nuestro juicio, para sustentar una ponderación de los elementos madurativos, puesto que ninguno de los aspectos señalados nos lleva a concluir, con el necesario nivel de rigor, que una experiencia sexual haya sido o no verdaderamente compartida, ni permite pronosticar el alcance que en el sujeto menor de 16 años va a tener en el futuro.

Existen otros aspectos que revisten más interés, como los de la experiencia sexual previa o las expectativas, que exigen a nuestro juicio, para ponderarse adecuadamente, su análisis por expertos en las ciencias del comportamiento y de la salud mental, a riesgo de que las intervenciones para su estudio puedan ser particularmente nocivas para los afectados, tanto para el sujeto activo como el pasivo, siendo que el primero en muchas ocasiones, o bien también es menor, o es una persona joven.

Precisamente, teniendo la labor pericial como objeto último el sustento técnico de una decisión judicial, debe exigirse una peculiar diligencia a los profesionales que desarrollen tal cometido, sustanciada en una formación específica para tales valoraciones y una observancia de los métodos experimentales contrastados.

A tal efecto, conviene recordar la exigencia fijada en el art. 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando refiere que *“1.º El informe pericial comprenderá, o el estado o del modo en que se halle. El Secretario extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los concurrentes; 2.º Relación detallada de todas las*

operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada en la misma forma que la anterior; 3.º Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte”⁹⁰⁴.

Es la propia norma legal la que compele –en la medida de lo posible– a que el/los perito/s deban proceder, en el ámbito de su labor, a emitir un informe justificándose de manera “detallada” las “operaciones practicadas”, lo que conduce a censurar aquellas valoraciones o comparaciones del grado de madurez *de visu* o desarrolladas sin observancia –o expresión, en su caso– de los criterios objetivos e impresiones que permitan garantizar la reproducibilidad y la refutabilidad de los criterios valorativos, constituyendo ambos factores los elementos axiomáticos del método científico⁹⁰⁵. A la par, aunque las decisiones judiciales sobre la valoración de la prueba en el proceso penal se sustentan en la apreciación conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC, supletoriamente aplicable al proceso penal, ex art. 4 LEC; y art. 741 LECrim), no puede sustraerse de la instrucción o enjuiciamiento, a la hora de ponderar el criterio de proximidad madurativa, enfatizar la necesidad de que se efectúen exploraciones psicométricas y psiquiátrico-forenses a la hora de determinar los anteriores factores con las necesarias garantías. Dicho de otro modo, si partimos de la premisa de que la madurez psicológica es un concepto extrapenal, su valoración

⁹⁰⁴ Como recuerda la STS Sala II, nº 436/2018, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:4121), FJ 2º, citamos textualmente, “los jueces no tienen por qué abarcar en su preparación y conocimientos todas las ramas del saber humano ni, por ello, todas materias que pueden ser sometidas a nuestra valoración; para aclarar el significado o valoración de ciertos hechos, han de acudir a los peritos que, con sus conocimientos, le informan en el marco de sus especialidades; el juez lo que ha de hacer es recoger los informes periciales y valorarlos, sacando las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan; por ello el perito debe describir la persona o cosa objeto de la pericia, explicar las operaciones o exámenes verificados y fijar sus conclusiones (art. 478 LECrim) que tienen como destinatario el Juzgador.”

⁹⁰⁵ V. Específicamente, tales criterios para la prueba pericial penal se predicen por RICHARD GONZÁLEZ, M. (2017). Problemas de la prueba pericial en el proceso penal. En J. PICÓ I JUNOY (Dir.) & C. DE MIRANDA VÁZQUEZ (Coord.), *Peritaje y prueba pericial* (pp. 249-273). Bosch, p. 252.

debe atender a la intervención necesaria de operadores ajenos al Derecho, que aporten sus conocimientos en las ciencias implicadas en el desarrollo madurativo del ser humano y sus eventuales patologías (psicología, psiquiatría, pedagogía, etc.).

Según nuestro planteamiento, que hemos ya enunciado en el capítulo anterior en relación con el elemento cronológico, en los casos de simetría de edad, con una diferencia inferior o igual a dos años entre el menor de 16 años y la persona con la que entabla la relación o interacción sexual, potencial responsable de la acción penalmente relevante, compartimos la ausencia de necesidad o conveniencia de explorar el criterio madurativo de manera cumulativa. Como recuerda BOLDOVA PASAMAR (2021a, p. 16)⁹⁰⁶, *“lo injusto de las acciones sexuales de estas personas con menores que consienten en ellas reside desde este punto de vista en la asimetría o desigualdad cronológica (y por ende generalmente también madurativa) entre los sujetos”*, por lo que es asumible que ante una proximidad tan extrema en edad, el grado de desarrollo o madurez sea equivalente, como presunción *iuris et de iure*⁹⁰⁷.

En los demás casos en los que se suscita la aplicabilidad de la cláusula será preciso hacer prueba sobre el grado de madurez psicológica de los intervinientes, con las consideraciones que hemos efectuado en este capítulo sobre su realización en condiciones metodológicamente aceptables en el proceso penal. Debe

⁹⁰⁶ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc>

⁹⁰⁷ No la denomina expresamente así BOLDOVA PASAMAR (2021a), *op.cit. supra*, pero se extrae de sus palabras tal consideración, cuando afirma que *“carece de sentido exigir la doble concurrencia de los requisitos de la cláusula, debiendo bastar el criterio cronológico con arreglo a una interpretación teleológica del art. 183 quater”*

constatarse que, no obstante, atendiendo a la inexistencia de un modelo protocolizado y consensuado entre todos los órganos intervinientes, la realidad es que la praxis lleva a que las exploraciones y valoraciones periciales de la madurez se efectúen en condiciones manifiestamente inequitativas entre unos y otros lugares, lo que conduce a un resultado de grave inseguridad jurídica.

Mientras que en el caso de los mayores de 16 años, en sus relaciones entre sí, no se exige la concurrencia de una especial madurez ni hacer prueba respecto de la misma, la cláusula exige escrutar aspectos de una difícil medición y objetivación, pero que además implica una seria intervención e intromisión en la esfera de intimidad de los menores, de los que se tiene que obtener información sobre todo su historial íntimo, sometidos a un escrutinio inquisitorial, contraproducente y victimizante, a la par que sometido a una cierta publicidad en el marco del proceso (fundamentalmente, los progenitores, que intervienen activamente como representantes legales).

Por ello, para ofrecer una visión lo más exacta posible de los extremos que se pretenden valorar, con unas garantías de intervención que minimicen los efectos negativos de una exploración que afecta a cuestiones sumamente íntimas, las intervenciones periciales psicológica y/o psiquiátrica forenses nos resultan imprescindibles, en estos supuestos.

En todo caso, los métodos empleados y las operaciones efectuadas deben evidenciarse por tales profesionales cuando actúen en el marco del proceso penal, puesto no debe presumirse automáticamente su concurrencia, ni siquiera respecto de las pruebas periciales que provengan de órganos oficiales o

públicos⁹⁰⁸. En cuanto a estas últimas, recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo⁹⁰⁹, que ha sentado doctrina en materia administrativa con un planteamiento que parece perfectamente extrapolable a la valoración conforme a la “sana crítica” de la prueba pericial en otros órdenes jurisdiccionales⁹¹⁰. Se pronuncia, con autoridad de doctrina jurisprudencial, la inadmisibilidad de la presunción de mayor objetividad e imparcialidad de un informe pericial exclusivamente en virtud del órgano (público) que emite tal dictamen, sino que impone que se pondere *“la mayor o menor solidez de cada uno de los dictámenes periciales, teniendo en cuenta sus fuentes, su desarrollo expositivo, e incluso el prestigio profesional su autor”*. Caso contrario, supondría dar un tratamiento indebidamente privilegiado a los informes y dictámenes provenientes de la Administración, censurándose por la Sala que se les pudiera otorgar *“implícitamente el carácter de prueba tasada o legal”*.

Por su parte, en el ámbito penal, el mismo Tribunal Supremo ha tenido ocasión de afirmar que, aunque rijan las reglas de la sana crítica al valorar la prueba, es preciso determinar, para una adecuada ponderación de los elementos periciales, *“la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los*

⁹⁰⁸ Compartimos la preocupación expresada por DE LUCA, S., NAVARRO, F., & CAMERIERE, R. (2013). La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4531720>, en la tendencia de algunos órganos judiciales (en sentido amplio) y operadores jurídicos consistente en ponderar las pruebas periciales en función de argumentos de autoridad (quién lo dice) y no por la calidad técnica contrastada (método y exposición del mismo).

⁹⁰⁹ V. STS, Sala III, nº 202/2022, de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:597)

⁹¹⁰ Ello, en la medida que, aunque incidentalmente el pronunciamiento recae en una cuestión contencioso-administrativa, la exégesis se efectúa respecto del art. 348 LEC, aplicable supletoriamente a todos los procesos, ex art. 4 LEC, por el carácter supletorio de tal norma.

principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.)”⁹¹¹;

Lo precedente se señala, precisamente, para enfatizar la necesidad de una adecuada ponderación de los criterios de madurez psicológica con observancia del método científico, que dote a la decisión judicial de una fundamentación técnica sólida, para estimar concurrente el grado de proximidad madurativa, o para negarlo.

Por último, como ya hemos referido en otros momentos del estudio (cfr. Parte I de la Tesis), cualquier valoración comparativa en el plano físico debe ser, con carácter general, descartada como un elemento de especial relevancia, particularmente en el ámbito de las relaciones sexuales consentidas –marco de aplicación de la cláusula–. Así, en plano puramente teórico, rechazaríamos la proximidad en desarrollo físico salvo en aquellos excepcionales casos en que resulten groseras diferencias anatómico-funcionales que afecten de manera negativa a la interacción sexual desarrollada y, en consecuencia, a la misma personalidad sexual y salud del sujeto de edad inferior a 16 años.

Por ello, no nos parece acertado reducir la cuestión de la intervención penal a una comparativa de elementos mesurables, puesto que ello ataca a una interpretación razonable del precepto y del sentido de su alcance.

⁹¹¹ V. STS, Sala II, nº 316/2018, de 28 de junio (ES:TS:2018:2498), FJ 7º.

De una ponderación rigorista de la proximidad en desarrollo físico –además de ser un aspecto que solo se exigiría en las relaciones de menores entre sí o con adultos jóvenes–, los factores de valoración podrían encaminarse hacia aspectos de carácter baladí, que nada tienen que ver con la madurez exigida por la cláusula para el válido desarrollo de la conducta sexual⁹¹². Paralelamente, pudiera incurrirse en el riesgo de abundar en elementos de naturaleza discriminatoria: por ejemplo, censurar la libre relación, consentida, entre dos personas con semejante edad y grado de madurez, exclusivamente atendiendo a su desproporción física o a la concurrencia de una situación de discapacidad o diversidad funcional exclusivamente física, respecto de alguno de ellos.

En consecuencia, salvándose aquellos casos en los que exista un perjuicio directo e inmediato para el menor, derivado de la manifiesta desproporción de formas físicas, que sea por sí mismo lesivo, no parece razonable atender a otra interpretación comparativa.

En todo caso, resulta altamente cuestionable poner en el mismo plano de relevancia la apreciación del grado de proximidad físico y madurativo-psicológico, puesto que lo trascendente en la exploración de las manifestaciones de la sexualidad activa a los efectos de su cuestionamiento en relación al libre

⁹¹² En este mismo sentido, aun cuando no se hablaba expresamente de desarrollo físico en la cláusula del art. 183 quater CP (actual 183 bis), ya advertía en su momento GÓMEZ TOMILLO, M. (2015). Artículo 183 quater. En M. GÓMEZ TOMILLO (Ed.), *Comentarios prácticos al Código penal, Tomo II. Delitos contra las personas* (pp. 535-546). Aranzadi, p. 536, que “el nivel de desarrollo físico no debería ser un dato a considerar como decisivo cuando de proteger la indemnidad sexual del menor se trata”. Comparte la postura BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 29.

desarrollo de la personalidad es la madurez psicológica de los integrantes, a los efectos precisamente de verificar que la decisión de desarrollar la conducta sexual responde a una “experiencia compartida”⁹¹³.

⁹¹³ V. BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a), *op.cit.* supra, p. 6. Siguen esta concepción autores como LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., CARRERA FERNÁNDEZ, M. V., RODRÍGUEZ CASTRO, Y. y ALONSO ÁLVAREZ, A. (2014). Aproximación psicológica a la problemática de los abusos sexuales en la infancia. En M. LAMEIRA FERNÁNDEZ y E. ORTS BERENGUER (Eds.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial* (pp. 39-67). Tirant lo Blanch, p. 51 y 62.

CAPÍTULO V

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA DEL ART. 183 BIS CP

Llegados a este momento de la investigación, procede clarificar las distintas posturas interpretativas entorno a la naturaleza jurídica de la cláusula del art. 183 bis CP, a partir de los postulados doctrinales más relevantes. Su comprensión, esencialmente, en clave de causas de atipicidad, causa de justificación o excusa absolutoria, es una cuestión de calado, puesto que la postura interpretativa por la que se opte determina unas consecuencias jurídicas de alcance (no solo penal, sino también en el orden de una eventual responsabilidad civil derivada del delito).

1. Planteamiento de la cláusula del art. 183 bis del Código Penal en clave de causa de atipicidad.

Las causas de atipicidad son aquellas circunstancias, dice LUZÓN PEÑA (1995, p. 21)⁹¹⁴, que excluyen la tipicidad de la conducta, y que por tanto, suponen negación del tipo. A su vez, distingue precisamente este autor entre “las causas que excluyen el tipo legal en el sentido de tipo indiciario del injusto, de modo que no hace falta seguir buscando circunstancias materiales de justificación, porque la conducta de entrada no es jurídico-penalmente relevante; y por otra parte, causas de exclusión, sólo de la tipicidad penal, en el sentido de que la

⁹¹⁴V. LUZÓN PEÑA, D. M. (1995). Causas de atipicidad y causas de justificación. En D. M. LUZÓN PEÑA y S. MIR PUIG (Coords.), *Causas de justificación y atipicidad en el Derecho Penal* (1.ª ed., pp. 21-43). Aranzadi.

conducta no llega a estar jurídicamente permitida o justificada, pero no es lo suficientemente grave como para constituir un injusto penal”.

A nuestro parecer, la cláusula del art. 183 quater del Código Penal responde, por su naturaleza, a una causa de atipicidad, fundada en lo que LUZÓN PEÑA explica como un *“consentimiento no justificante pero penalmente relevante”* (p.30), en tanto que basta para apreciar el art. 183 bis CP, como elemento excluyente de la tipicidad penal, con que se verifique una situación fáctica de consentimiento del titular del bien jurídico, para lo que se efectúa la ulterior ponderación entorno a la proximidad etaria y madurativa, a los efectos precisamente de verificar que el consentimiento prestado reúna las condiciones mínimas necesarias para estimar que la acción o interacción sexual se ha desarrollado en condiciones isonómicas entre los intervinientes.

La irrelevancia e insuficiencia general del consentimiento del menor de 16 años, por carecer del desarrollo intelectual y volitivo adecuado, no es elemento impeditivo para que opere el consentimiento como elemento excluyente de la tipicidad, cuando concurre en peculiares circunstancias legalmente tasadas, que le dotan de validez.

Siguiendo al referido autor (p.31), se podría plantear si, cuando el art. 183 bis CP habla de “consentimiento”, realmente, el legislador piensa en una mera “conformidad” con valor excluyente del tipo (Einverständnis), frente a un “consentimiento”, en sentido estricto (Einwilligung), equivalente al de adultos⁹¹⁵.

⁹¹⁵ Monográficamente, sobre este tema, véase en SCHLEHOFER, H. (1985). *Einwilligung und Einverständnis*. Heymann.

Esta dicotomía, que pudo revestir más trascendencia en el caso de haber llegado a configurarse en el Código Penal un modelo de consentimiento expreso afirmativo, nos parece que no es determinante, en la medida a que nuestro modelo actual, tanto para adultos como para menores, se sustancia en la libre voluntad. Tal elemento puede presentarse como una mera conformidad (llamémosle asentimiento o aceptación) respecto de la acción de contenido sexual, o un consentimiento más entusiasta si se quiere, sin que

El consentimiento sexual de los menores no admite considerarse “diferente” en su esencia al de los adultos, sino que exige diversas consideraciones para su validez derivadas del marco relacional en el que se produce.

Mientras que en el caso de los adultos, lo determinante es que exista una anuencia o voluntad para la interacción, con los menores de 16 años, además procede valorar el entorno de proximidad etaria y madurativa, para concluir si el consentimiento prestado (que efectivamente, ha de concurrir como presupuesto para las valoraciones señaladas) es una expresión aceptable en Derecho de la voluntad del menor. Por el contrario, se castigará las conductas en las que, a pesar de que el menor se preste o incluso promueva la acción sexual, tal decisión no permita excluir la responsabilidad del otro integrante, por asumir el ordenamiento una posición intrínseca de poder, o al menos, de asimetría relacional, en los casos de falta de proximidad en edad y desarrollo madurativo.

El consentimiento del sujeto pasivo menor de 16 años excluye la afectación del bien jurídico, y por tanto, indiciariamente del tipo, puesto que precisamente

no es que no se lesione su libertad o indemnidad sexual⁹¹⁶, sino que el menor, a través de ese consentimiento, ejerce una libertad sexual de proyección interactiva. Se trata de casos en los que se admite, tras la superación de varios tamices valorativos (de proximidad etaria y madurativa), considerar válidos los actos sexuales de éstos, en la expresión de su libertad sexual interactiva.

En estos casos, se conjuga la tutela general de la indemnidad sexual de los menores de 16 años, con la tutela de la libertad sexual positiva interactiva del menor, dotando de validez al consentimiento relativo a la acción sexual cuando concurren la proximidad referida.

En la doctrina española, la comprensión de la cláusula del art. 183 bis CP como causa de atipicidad ha tenido eco en la doctrina española, en autores como BOLDOVA PASAMAR (2016, p.209)⁹¹⁷, que lo concibe con tal naturaleza jurídica, derivándose su génesis de una cuestión de índole político-criminal que no se basa, según el autor, ni en la libertad sexual (inexistente o en su caso, condicionada); ni en la indemnidad sexual (puesto que no se valora si la

⁹¹⁶ En sentido contrario a nuestro planteamiento, SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. (2022). Validez del consentimiento libre del menor de 16 años. Análisis del artículo 183 quater CP. En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS y P. ESQUINAS VALVERDE (Dir.), M. A. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 447-491). Aranzadi, p. 484, entiende que la existencia de la cláusula hace que el objeto de protección no sea la indemnidad sexual del menor, sino que abre un espacio a su libertad sexual.

En este sentido, como hemos analizado ya en otros momentos del estudio (especialmente, en la Parte II de la Tesis), la indemnidad sexual no guarda a nuestro entendimiento una relación de contraposición a la libertad sexual, sino que es un elemento diverso y complementario, de manera que predicar la protección de la indemnidad sexual del menor de 16 años no implica excluir su libertad sexual *in genere*, desde nuestra conceptualización, sino solo una faceta concreta de la misma –la proyección positiva de carácter interactivo– y además, ni siquiera de forma plena. De hecho, la cláusula garantiza la indemnidad sexual del menor (frente a las afecciones de terceros, fuera de las interacciones con otros individuos con proximidad etaria y madurativa), pero también su libertad sexual positiva (puesto que, en sentido contrario, valida las relaciones con quienes sí se hallan en las condiciones que la cláusula establece).

⁹¹⁷ Cfr. *op. cit.* n. 121.

personalidad sexual del menor ha quedado afectada tras la conducta sexual desarrollada), sino en una conceptualización moral mayoritaria, que rechaza las relaciones de menores con adultos, pero admite las de los menores entre sí. De hecho, la propia esencia de la cláusula del art. 183 quater exige concebir cómo las relaciones entre próximos en edad y desarrollo o madurez no traen consigo una lesión a la indemnidad sexual del menor involucrado, en cuanto a que no perjudican el desarrollo de su personalidad sexual (si bien al contrario, entendemos que se pueden considerar manifestaciones de tal evolución).

De una manera más genérica, las disquisiciones doctrinales de QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS y PRATS CANUT (1999, p. 472 y ss.)⁹¹⁸, permiten deducir cómo, para estos autores, a la luz de la formulación del consentimiento como elemento excluyente, en ocasiones de la tipicidad, en otras de la antijuridicidad, en materia de delitos sexuales, se puede colegir una postura más favorable a entender la operatividad del consentimiento como causa de atipicidad, puesto que la existencia del mismo, determina el ámbito de la “sexualidad libre frente al crimen” (p. 478)⁹¹⁹.

En este sentido, TAMARIT SUMALLA (2016, p. 351)⁹²⁰ viene a plantear, de una forma alternativa a la comprensión de la cláusula como una causa de justificación, la idea de que puede concebirse alternativamente también como una declaración expresa de la atipicidad de los supuestos de relaciones entre

⁹¹⁸ V. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. y PRATS CANUT, J. M. (1999). La exención de la responsabilidad criminal. En *Manual de Derecho Penal Parte General* (1.ª ed., pp. 457-573). Aranzadi.

⁹¹⁹ *Op. cit. supra*.

⁹²⁰ V. TAMARIT SUMALLA, J. M. (2016). Del artículo 183 quater. En G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) y F. MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (10.ª ed., pp. 351-352). Aranzadi.

sujetos con proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez, en tanto en el abuso sexual el consentimiento es un elemento esencial del tipo. En este mismo sentido se pronuncia también BOIX REIG (2016, pp. 399 y ss.)⁹²¹.

Por su parte, ESQUINAS VALVERDE (2018, p. 131) también apoya la idea de que estamos ante una cláusula de atipicidad⁹²². También comparte esta postura GÓMEZ TOMILLO (2015, p. 535)⁹²³, pudiéndose apreciar en fase instructora y correspondiendo su alegación a la parte a quien atañe tal exclusión de responsabilidad. Otros autores adscritos a esta postura, entre otros, son GARCÍA ÁLVAREZ (2015, p. 163)⁹²⁴, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/ TRAPERO BARREALES (2016, pp. 886 y ss.)⁹²⁵, RAFOLS PÉREZ (2020, p. 170 y ss.)⁹²⁶ o, más recientemente, SÁNCHEZ DOMINGO (2022, p. 484)⁹²⁷.

De la doctrina del Tribunal Supremo, la mayor parte de las sentencias no entran a la cuestión de la naturaleza jurídica de esta cláusula. Por excepción,

⁹²¹ V. BOIX REIG, J. (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (4). Acoso sexual. En *Derecho Penal Parte Especial* (2.ª ed., Vol. 1, pp. 399-415). Iustel, adhiriéndose expresamente a TAMARIT SUMALLA en su postura.

⁹²² V. ESQUINAS VALVERDE, P. (2018). Delitos contra la libertad sexual I. En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial* (pp. 121-133). Tirant lo Blanch.

⁹²³ V. GÓMEZ TOMILLO, M. (2015). *Op. cit.* nota 913

⁹²⁴ V. GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2015). La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013. En F. Muñoz Conde (Dir.), J. Del Carpio Delgado y A. Galán Muñoz (Coords.), *Análisis de las reformas penales: Presente y futuro* (pp. 141-190). Tirant lo Blanch.

⁹²⁵ V. DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A. (2016). La «edad de consentimiento sexual» en la reforma del Código penal de 2015. En S. BACIGALUPO SAGGESE, B. J. FEIJÓO y J. I. ECHANO BASALDUA (Coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo* (pp. 871-894). Centro de Estudios Ramón Areces, p. 886 y ss.;

⁹²⁶ V. RAFOLS PÉREZ, I. J. (2020). La asimetría de edad en los delitos contra la libertad sexual. La cláusula del art. 183 quater del Código Penal. *Libertas- Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 9, 165-185.

⁹²⁷ V. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. (2022). Validez del consentimiento libre del menor de 16 años. Análisis del artículo 183 quater CP. En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS y P. ESQUINAS VALVERDE (Dirs.), M. A. Morales Hernández (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 447-491). Aranzadi.

debemos destacar la STS, Sala II, nº 478/2019, de 14 de Octubre (ECLI:ES:TS:2019:3397), FJ 4º, se puede advertir del razonamiento empleado para apreciar la cláusula, una forma de exclusión de la tipicidad de la conducta. Expresamente, la STS Sala II, nº 700/2020, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4332), FJ 2º, recoge la anterior postura en sentido de “destipificar” a través de su aplicación ciertas conductas que, en sentido contrario, se encontrarían si no existiera tal previsión normativa en el ámbito típico del art. 181.1 CP. En el marco de la doctrina judicial menor, existe algún pronunciamiento destacable, como la SAP Las Palmas, Sección 1ª, nº 34/2019, de 6 de febrero (ECLI:ES:APGC:2019:350), cuando advierte que *“no se trata de afirmar que el consentimiento libremente emitido del menor de 16 años hace justa la relación sexual sino que la proximidad de edad y grado de madurez entre dicho menor de 16 años y el autor determina la atipicidad por falta de afectación del bien jurídico”*.

Nos adscribimos al planteamiento de concebir la cláusula del art. 183 bis CP como un modelo fundamentado en la exclusión de la tipicidad de la conducta, en caso de que concurra, respecto del sujeto activo, un grado de proximidad en desarrollo y madurez física y psicológica que permita validar el consentimiento sexual, que sirve como presupuesto a la aplicación de tal previsión legal. Precisamente, porque entendemos que la voluntad del legislador es llevar a la absoluta exclusión de trascendencia penal tal clase de relaciones, en supuestos de simetría etaria y madurativa, al constituir una expresión del desarrollo de la personalidad sexual del menor de 16 años.

2. Planteamiento del art. 183 bis del Código Penal desde la óptica de la causa de justificación.

Los delitos son acciones u omisiones típicas, antijurídicas, culpables y punibles, siendo en este último caso, no unánime la doctrina sobre su concepción como un elemento de la Teoría del Delito.

La causa de justificación es aquella construcción normativa que permite excluir la antijuridicidad de una conducta típica, cuando concurren las circunstancias y elementos tasados por la norma. Por ende, actúa como una excepción a la regla general del binomio tipicidad-antijuridicidad.

De esta forma, cabe predicar que la acción típica será, por lo común, antijurídica, salvo que concurra un elemento que excluya dicha valoración de confrontación de la conducta concreta del individuo frente al ordenamiento jurídico.

En su estudio sobre la antijuridicidad, DIEZ RIPOLLÉS (2011)⁹²⁸, analizando los postulados de GÜNTHER, nos recuerda que la antijuridicidad penal, a diferencia de la general, atiende a la conducta previamente calificada como injusto típico, teniendo como “misión” la de *“verificar si cabe excluir el contenido de injusto que el tipo ha establecido inicialmente”*, a través de la concurrencia de alguna circunstancia que opere para excluirla. Esto es, la causa de justificación, como un elemento que excluya *“el componente merecedor de pena de la conducta del sujeto, y*

⁹²⁸ En DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2011). *La categoría de la antijuridicidad en el Derecho Penal*. Editorial B de F.

por ende, su desaprobación específica penal, aun cuando no haya alcanzado el nivel de la aprobación jurídica o licitud”⁹²⁹.

Por su parte, FLORES MENDOZA (2016, p. 213-214)⁹³⁰ apunta que la antijuridicidad se formula como un juicio de *“carácter general y objetivo, de valoración negativa y de reprobación de la conducta que realiza el ordenamiento frente a todos y con independencia de la capacidad y condiciones del sujeto”*.

La esencia de la causa de justificación, como elemento excluyente de la antijuridicidad de una conducta, se patentiza en la existencia de una colisión de bienes jurídicos protegidos, donde la norma prepondera, en cierto tipo de conflicto, uno respecto de otro, al considerarlo prevalente.

En el caso que nos ocupa, cabría plantearse, desde la hipótesis de tratar de concebir el artículo 183 bis CP como un supuesto de causa de justificación, cuáles son los bienes en liza y, de ellos, cuál debe preponderar.

En este caso, la respuesta que se antoja como razonable es que se establecería una suerte de colisión en los casos de relaciones sexuales de menores de 16 años con otros sujetos, en la que se preponderaría su consentimiento (una manifestación de una libertad sexual positiva, de proyección interactiva), frente a la generalmente protegida indemnidad sexual, siempre que concurra esa proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez.

⁹²⁹ *Op. cit. supra, passim.*

⁹³⁰ Vid. FLORES MENDOZA, F. (2016). La antijuridicidad. Las causas de justificación. En C. M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE y M. A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Manual de Derecho penal : Parte General* (2.ª Ed., pp. 213-221). Comares.

Esta respuesta, empero, nos resulta jurídicamente insatisfactoria, en tanto que el efecto del consentimiento es, directamente, excluir la existencia de conducta típica, delimitando por ende los tipos del abuso sexual a menores de 16 años, a aquellos supuestos en que no haya existido un consentimiento de estos, cuando el victimario fuere persona próxima a la víctima en edad y grado de desarrollo o madurez.

Compartimos con SÁNCHEZ DOMINGO (2022, pp. 483-484) ⁹³¹, sus dudas acerca de la posibilidad de afirmar en la sociedad actual, en la que existe una marcada precocidad, que las conductas sexuales (particularmente, las de menor intensidad lúbrica), sean consideradas por el legislador como potencialmente típicas, particularmente cuando se desarrollen en un marco de experiencia compartida y como manifestación de la disposición de la propia sexualidad.

En nuestro entorno, son escasas las voces que apuesten firmemente por la tesis de la conceptualización de la causa de justificación, pudiendo destacar la postura de ESCOBAR JIMÉNEZ (2018)⁹³².

⁹³¹ V. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. (2022). Validez del consentimiento libre del menor de 16 años. Análisis del artículo 183 quater CP. En E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, P. ESQUINAS VALVERDE (Dir.); M. A. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 447-491). Aranzadi.

⁹³² Vid. ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (2018). Comentario al art. 183 quater. En A. DEL MORAL GARCÍA (Ed.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia* (pp. 1066-1067). Comares. En contra de este entendimiento, GÓMEZ TOMILLO, M. (2015). *Op.cit.* nota 913; SANCHEZ DOMINGO, M.B. (2022), *op.cit.* supra, p. 484.

3. Planteamiento del artículo 183 bis del Código Penal desde la óptica de la excusa absolutoria.

HIGUERA GUIMERÁ (1993, p. 31)⁹³³ atribuye a Silvela la primera referencia en la doctrina penal española al concepto de excusa absolutoria, para referirse a aquellos supuestos tasados por la norma en que se procede a eximir de responsabilidad penal a las personas que realizan un acto constitutivo de delito (por ende, que desarrollan una acción u omisión típica, antijurídica y culpable) por exclusión de la punibilidad.

En el caso que nos ocupa, los autores que postulan esta cláusula como excusa absolutoria, inexorablemente conciben la misma como una previsión de naturaleza personal (a diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad, que tienen el carácter precisamente objetivo), de carácter precedente al delito y que no exige un comportamiento singular del sujeto activo (es decir, no se funda la exclusión de la pena en un comportamiento postdelictual de signo favorable), a modo de lo que la doctrina tradicional alemana llamaría una causa personal de exclusión de la pena (que no se debe confundir con inmunidades personales). Debemos destacar, en este sentido, la posición de autores como ORTEGA LORENTE (2016, p. 143)⁹³⁴; SUÁREZ-MIRA, JUDEL PRIETO Y PIÑOL RODRÍGUEZ (2018, p. 248-249)⁹³⁵, favorables a la concepción como excusa absolutoria.

⁹³³ En su obra monográfica, HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (1993). *Las excusas absolutorias*. Pons.

⁹³⁴ Vid. ORTEGA LORENTE, J. M. (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Bien jurídico protegido. En G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal* (pp. 129-144). Aranzadi.

⁹³⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C, JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. (2018). *Manual de Derecho Penal II Parte Especial*. (C. Suárez-Mira Rodríguez, Dir.) (7ª ed.). Civitas.

También la Fiscalía General del Estado, a través del Fiscal de Sala de Menores, se ha mostrado proclive a esta interpretación⁹³⁶, y alguna Sentencia –a nivel de Audiencias Provinciales⁹³⁷–ha acogido expresamente también la tesis de la naturaleza de excusa absolutoria del precepto; si bien son más las que no entran a valorar la naturaleza jurídica del precepto controvertido, sino, simplemente, se limitan a aplicarlo o no en los casos concretos, con criterios, a su vez, poco uniformes, especialmente en lo que a los rangos de proximidad de edad atañe.

⁹³⁶ Fiscalía General del Estado (España). (2015, diciembre). *Sobre criterios de aplicación del art. 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo* (Dictamen 2/2015).

⁹³⁷ V. SAP de Córdoba, Sección 3ª, núm. 441/2019, de 14 de Octubre

PROPUESTA DE REGULACIÓN DE *LEGE FERENDA* DE LA CLÁUSULA DE EXENCIÓN Y ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR CONSENTIMIENTO DEL MENOR

A continuación, plasmamos una propuesta de regulación de *lege ferenda*, de la materia que nos atañe, coherente con las conclusiones del presente estudio.

1.- Si la edad de consentimiento sexual, como proponemos, se redujera a 14 años, la cláusula tendría una menor grado de aplicación, esencialmente, porque en la franja de edad de 14 a 16 años es donde se presentan la mayor parte de los supuestos conflictivos⁹³⁸, sobre todo desde el plano del sujeto activo del delito.

2.- Para los supuestos de sujetos que interactúen sexualmente de manera comúnmente acordada cuando tienen ambos una edad inferior a 14 años, la cuestión estriba resulta jurídicamente irrelevante desde la óptica penal y tan solo puede revestir algún interés particular en el seno de los mecanismos de protección del menor, en el marco de otra clase de intervenciones. Si mediara un acto sin consentimiento, en efecto, sí sería objeto de intervención de tales instituciones, *ex art. 3 LORPM*.

⁹³⁸ En el documento “Resultados del estudio HBSC 2018 en España sobre conducta sexual”, editado por el Ministerio de Sanidad, valorándose de las tendencias desde 2002, se avanza que las relaciones sexuales coitales se han ido haciendo más frecuentes entre los y las adolescentes de 15 a 18 años (declaran haberlo mantenido en 2002 el 26,2% y en 2018 el 35,1%), advirtiéndose un descenso en la edad de inicio de este tipo de relaciones, cuya media se sitúa en 2018 en ese tramo de edad analizado en 14,33 años (frente a los 14,61 de 2002); v. https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/promocion/saludJovenes/estudioHBSC/docs/HBSC2018/HBSC2018_ConductaSexual.pdf. Recuperado el 30 de abril de 2023. También, en este sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc>, p. 9.

3.- En los casos en los que ambos sujetos sean mayores de 14 años y menores de 18 años; o uno de los sujetos sea menor de 14 años, y el otro mayor de 14 años y menor de 18 años, entendemos que debería predicarse, en el ámbito de las interacciones sexuales acordadas o consentidas por ambos integrantes, su general irrelevancia penal. Son manifestaciones del desarrollo de la personalidad sexual que, aun incluso considerándose en algún caso precoces –razonablemente, respecto de los sujetos de 14 años o menos, aunque siempre superior a 11 años, en el caso de acceso carnal– no han de revestir medida alguna de carácter educativo-sancionador, en tanto que se fundamenten en la concurrencia del consentimiento de los integrantes.

A tal efecto, la cláusula podría reformularse, señalando:

“1. El consentimiento libremente prestado de los menores de 14 años realizados con menores de 18 años, en los actos de naturaleza sexual realizados entre sí, excluye la responsabilidad penal siempre que la diferencia de edad sea inferior a dos años. Cuando la diferencia de los sujetos sea superior a dos e inferior a cinco años, se valorará el grado de proximidad en desarrollo o madurez, la naturaleza del comportamiento sexual, así como las circunstancias personales y sociales concurrentes, a los efectos de valorar por el Juez de Menores, a instancia del Ministerio Fiscal y/o la acusación particular, la necesidad de aplicar una medida educativo-sancionadora”.

4.- En el caso de que un sujeto sea menor de 14 años, y el otro integrante sea mayor de 18 años, se propone una redacción de la cláusula de este tenor:

“2. El consentimiento libremente prestado de los mayores de 11 años y menores de 14 años en los actos de naturaleza sexual realizados entre éstos y mayores de edad, eximirá de responsabilidad penal, solo cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) Si la diferencia de edad es igual o inferior a 6 años, se valorará el grado de proximidad en madurez o desarrollo y las circunstancias personales y sociales concurrentes en el ámbito de la interacción sexual, pudiéndose eximir de responsabilidad criminal en caso de apreciarse tal proximidad. En caso de que los factores anteriores no permitieran una exención completa, el Juez o Tribunal, podrá atenuarse la pena en uno o dos grados.

b) Si la diferencia de edad es superior a 6 años, e igual o inferior a 8 años, solo podrá tener el efecto de aplicar la pena en su mitad inferior, pudiendo llegar hasta la mitad superior de la inferior en grado, si se aprecia proximidad en grado de madurez psicológica y función de las circunstancias personales y sociales concurrentes en el ámbito de la interacción sexual”.

5.- En el caso de que uno de los partícipes sea menor de 11 años, su consentimiento será irrelevante, como presunción *iuris et de iure* y para el caso de actos sexuales con acceso carnal, de forma complementaria a las reglas anteriores, no dando lugar a fundamentar exención o atenuación, sin perjuicio de la posible aplicación de las reglas del art. 14 CP. Se sugiere una redacción:

“3. En caso de menores de edad igual o inferior a 11 años, su consentimiento carecerá de validez a los efectos de fundamentar la exención o atenuación de la responsabilidad criminal por razón de tal edad en los actos que impliquen acceso carnal, sin perjuicio de las reglas del art. 14 de este Código, cuando así proceda su aplicación”.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La sexualidad, como fuente del deseo y del placer del ser humano, constituye un elemento esencial de su proceso vital. Dada la relevancia que tiene al Derecho le interesa, desde distintas ópticas, atender a la cuestión del sexo y de la sexualidad de las personas, estableciendo regulaciones.

Al margen de que el Derecho Civil se ocupa de algunas de estas cuestiones (por ejemplo, la determinación del sexo registral), el Derecho Penal es el sector del ordenamiento jurídico más intensamente implicado en la protección de las personas en consideración a su sexo, así como también al ejercicio de su sexualidad. Lo primero, se patentiza en determinadas circunstancias agravantes y en algunas figuras delictivas cualificadas en consideración a los sexos de los sujetos activo y/o pasivo (*v.gr.* tipos de violencia de género).

En lo referente al ejercicio de la libertad sexual, el ordenamiento interviene actualmente para preservar a las personas frente a acciones sexuales no queridas o no consentidas. Por tanto, la faceta negativa de la libertad sexual.

Sin embargo, respecto de los menores, el Derecho Penal interviene de una manera específica: castiga las conductas sexuales no consentidas (como en el caso anterior), pero también y por debajo de la edad de autodeterminación sexual, las relaciones sexuales consentidas por éstos que, sin embargo, se presentan asimétricas y no constituyen comportamientos sexuales compartidos, sino que aparecen como relaciones sexuales basadas en una posición de poder y, por tanto, abusivas. Esto es lo que se deduce de la prevalencia del interés superior del

menor al libre desarrollo de su personalidad sexual, libre de injerencias perjudiciales o potencialmente perjudiciales, por producirse en un contexto de desequilibrio y desigualdad.

SEGUNDA.- El Derecho penal postmoderno en materia sexual viene marcado por una serie de factores determinantes de su actual configuración: movimientos sociales –como “*me too*”–, el impacto que presentan ciertos discursos que emanan de los sectores más radicales del feminismo “antisexo”, los casos de abusos sexuales producidos durante largo tiempo en instituciones educativas de carácter religioso (particularmente, las vinculadas a la Iglesia católica, soslayados durante tiempo en el pasado) y la marcada disociación entre la realidad sociológica y la construcción desde el Derecho penal de modelos relacionales ideales e identitarios, a los que se trata de constituir en paradigma del comportamiento sexual de los ciudadanos: la teoría del “*yes model*” (que pugna con la del “*no model*”).

La influencia de las redes sociales y la generalización de los entornos digitales han generado un paralelismo entre la realidad analógica y virtual (muchas veces, indiferenciable) que se plasma en unos efectos legislativos y en otros político-criminales, que tienden a otorgar una identidad valorativa a los efectos penales de ambas realidades. Entre los primeros, destacan la creación de nuevos delitos para atender a modos y medios comisivos de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos clásicos mediante carácter actos de cibernético (*v.gr. child grooming o sexting*), que podrían ser contemplados como nuevas formas de “corrupción de menores”; así como una cada vez más extensa o abierta

interpretación de la figura central de los delitos sexuales a la luz las TIC (es el caso de la agresión sexual producida a distancia u *online*).

En lo relativo a los efectos político-criminales, se observa un deslizamiento enfocado hacia discursos populistas, de carácter (ultra) proteccionista y de corte prevalentemente identitario. Así se puede entender, por ejemplo, el caso de la tipificación tan amplia del concepto de pornografía infantil, que incluye entre los sujetos penalmente protegidos a personas por encima de la edad de consentimiento sexual, que prevé el castigo de la pornografía realista o aparente como si fuera real, e incluso, que califica como pornografía infantil la representación de los órganos sexuales de menores con fines principalmente sexuales, cuando es un hecho cierto que se está comprendiendo a menores que por su elevada edad presentan unos rasgos físicos prácticamente indiferenciables de los de los adultos.

Ni qué decir tiene que, en este ámbito, incluimos asimismo la pretensión de abolir la prostitución con el castigo, no solo del proxeneta sino del cliente de la misma, lo que daría al traste con la libertad sexual como objeto de protección. En el mismo sentido, transita la idea de penar o restringir la producción de pornografía de (y para) adultos, que podría afectar gravemente a la libertad de expresión y producción artística (art. 20 CE).

TERCERA.- Las TIC se revelan como un medio comisivo idóneo para un número importante de delitos sexuales. Lo anterior no significa, sin embargo, que puedan valorarse de modo equivalente a los efectos típicos. Los atentados contra la libertad sexual realizados en un contexto físico presentan notables diferencias

frente a las pretendidas agresiones sexuales *online*, si se hace excepción de aquellas realizadas en “*streaming*”, por cuanto el sujeto activo, en dichas circunstancias, parece poseer o mantener el dominio del hecho durante la ejecución del comportamiento sexual, que se le impone o determina realizar al sujeto pasivo.

Sin perjuicio de que alguno de los comportamientos desarrollados mediante las TIC han tenido que ser tipificados específicamente, el vigente Código Penal a nuestro juicio se muestra insuficiente en su actual regulación para dar adecuada subsunción a fenómenos como el “*stealththing*” (retirada furtiva del preservativo) o casos de eyaculación no consentida, dentro de la figura central de la agresión sexual. Lo anterior, está condicionado por el alcance que para el Derecho Penal se otorgue al consentimiento en el marco del ejercicio de la libertad sexual, y por los márgenes que se quieran otorgar a la propia agresión sexual.

Fruto de lo anterior, se corre un riesgo de interpretaciones más allá de lo extensivo, pues se constata alguna sentencias condenatorias para alguna de estas conductas, que invocan el engaño como medio comisivo, lo que es más que discutible en la anterior y la actual regulación, o que introducen la expresión a un dolo condicionado o condicional, que no es objeto de atención por el legislador.

Todo ello, sin perjuicio de considerar la antijuridicidad material, digna de reprensión penal, que alguno de estos comportamientos pudiera albergar, pero

asignándole tipicidades específicas y subsidiarias de la agresión sexual, puesto que se trata de comportamientos de menor entidad.

CUARTA.- A partir de la elevación de la edad de consentimiento de 13 a 16 años, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se generó la necesidad de introducir una cláusula como la vigentemente contenida en el art. 183 bis CP (anteriormente, art. 183 quater), con el objeto de conjugar la tutela de la indemnidad sexual de los menores de 16 años con otra tutela en paralelo, relativa a un espacio del ejercicio de una libertad sexual positiva, respecto de personas próximas etaria y madurativamente a ellos.

La decisión de semejante incremento de la edad de consentimiento sexual no se justificaba suficientemente atendiendo a la realidad sociológica y las condiciones biológicas y psicológicas propias de la adolescencia, ni se compadecía con la variación empíricamente acreditada de la edad de inicio de las actividades sexuales entre los jóvenes, en el sentido inverso al sugerido por la ley, sino en una pretendida protección de los menores frente al abuso y la explotación sexual de potenciales depredadores sexuales, así como la convergencia con los países del entorno jurídico y las obligaciones normativas internacionales contraídas por España.

QUINTA.- En la actualidad, en el marco de información globalizada que comportan las TIC, siguen siendo reconocibles –aunque residuales– ciertos movimientos que postulan una sexualidad activa de los menores de edad con adultos, y ello, desde que posean una capacidad natural de juicio, partiendo de la premisa de que la libertad necesaria para intervenir en un comportamiento

sexual con un tercero no ha de ser distinta de la mera capacidad natural, en tanto supondría una discriminación injustificada (*v.gr.* de ello nacen, en la actualidad, el autodenominado “Movimiento Activista Pedófilo”, NAMBLA, etc.).

No obstante, se constata la existencia de una tesis social mayoritaria de amplio rechazo ante la incitación a una sexualidad proactiva de los menores con adultos, no solo por razones de índole moral, sino de coherencia con relación a la tarea de protección que a los poderes públicos corresponde de la infancia y adolescencia, como etapas esenciales del desarrollo de la personalidad humana. Esto explica la elevación de la edad de autodeterminación sexual, y la consideración del pederasta y del depredador sexual de menores como enemigos del Derecho Penal, de forma equivalente a los terroristas y homicidas o asesinos, como categorías criminológicas de primera magnitud. Lo anterior, se afirma por la aplicación a éstos de penas y medidas de seguridad de carácter extraordinario.

SEXTA.- En la correlación histórico-jurídica efectuada en la parte II de esta tesis, se constata la evolución de la tutela penal de la actividad sexual. En primer lugar, el enfoque jurídico adoptado hundía sus raíces en la moral judeo-cristiana, la cual colocaba en el centro de la tutela penal a la honestidad u honor sexual, como un interés de carácter individual, pero con una dimensión también colectiva, trasluciendo con ello la moral sexual dominante a partir de que el cristianismo resultara político-socialmente dominante, perdurando durante siglos tales concepciones.

En la segunda mitad del siglo XX, fruto de la laicidad de las regulaciones, se transitó hacia una tutela penal de la sexualidad como manifestación de una

expresión de la libertad de acción del ser humano, en el marco del desarrollo de su personalidad, coherente con los Estados democráticos que garantizan los derechos humanos.

Sin embargo, la línea de principio del Derecho penal clásico era, como se ha indicado, la tutela de la “honestidad” ligada a las buenas costumbres, siendo particularmente apreciable en la regulación penal española, influenciada por la doctrina catequética de la Iglesia católica. Se castigaban el escándalo público, ciertas prácticas como la homosexualidad, o el adulterio y el amancebamiento. Llamaba la atención el hecho de que la edad de consentimiento fuera relativamente baja (12 años), y sin embargo, la protección de las mujeres se extendía por encima de ese tiempo, ligada a haber alcanzado la mayoría de edad conforme a la regulación entonces vigente, más elevados que hoy.

Desde el punto de vista de la moral sexual dominante, el sexo se presentaba como una actividad exclusivamente relacionada con la reproducción en el seno de la institución matrimonial (considerándose un “*débito conyugal*”), con una censura de las relaciones ajenas a este ámbito. Ello se trasladó parcialmente al Derecho penal, que no se ocupó de reprimir las conductas contrarias a la reproducción, sino que sancionaba ciertas conductas en relación con el concepto de “honestidad” en general, particularmente de la mujer, que aparecía –y aparece– como víctima arquetípica de los delitos sexuales.

En España la tutela de la honestidad y de los factores morales pervivió hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Con ella, aparecerán modificaciones paulatinas, como la operada por la Ley 46/1978, la cual eliminó la

alusión a las “miras deshonestas” en el delito de rapto, a favor de una tutela expresa de la “libertad sexual”, que se alcanzará en 1989 (por LO 3/1989) con si inclusión dentro de la rúbrica del título de los delitos previstos en el Código Penal de 1973 para esta materia.

Aun así, el Código Penal de 1973 conservó una fuerte carga moral, como lo demuestra la subsistencia de los delitos de escándalo público y de corrupción de menores, en virtud de la cual se había venido castigando, entre otras, las prácticas homosexuales, por lo cual era necesario efectuar nuevas depuraciones en la regulación para centrarla única y exclusivamente en la protección de la libertad sexual.

OCTAVA- La redacción inicial del primer Código Penal de la democracia española (LO 10/1995), supuso el punto de mínima influencia de las cuestiones morales sexuales en el tratamiento de los delitos que nos ocupan, bajo la bandera de la libertad sexual como bien jurídico exclusivo, concebido de manera coherente con el principio de intervención mínima del Derecho penal moderno. Se acotaron debidamente los contornos típicos de las figuras delictivas, reducidas a abusos sexuales, agresiones sexuales, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, así como a los delitos relativos a la prostitución. Asimismo, tuvo lugar una sensible reducción de la respuesta punitiva respecto de la legislación precedente en lo que respecta a algunas figuras.

No obstante, la regulación penal de 1995 presentaba algunos defectos: la lenidad de las penas de algunos delitos, en particular, de los abusos sexuales (solo castigados con pena de multa), así como en la defectuosa definición de

algunas figuras como el acoso sexual y la deficiente respuesta penal a las conductas de tráfico de pornografía infantil, principalmente realizadas a través de las TIC, como fenómeno en plena eclosión.

NOVENA.- En la tutela penal preconizada en este Código, tras la reforma de 1999 (que, entre otros elementos, reintroduce la corrupción de menores), se constatan la existencia dos bienes jurídicos, al menos en un plano doctrinal: la libertad sexual, por un lado, y la indemnidad sexual, por otro (aunque este último ya no se mencione en la rúbrica del Título VIII pero sí a lo largo de numerosos preceptos del Código).

Ambos intereses de protección resultan necesarios para poder explicar adecuadamente la particular tutela que el ordenamiento jurídico ha de dispensar en materia sexual a los menores y a las personas con discapacidad, frente a comportamientos de explotación sexual y abuso.

DÉCIMA.- La libertad sexual puede describirse en un plano positivo y negativo.

Desde su vertiente positiva, proponemos una dicotomía: de un lado, la libertad sexual positiva de proyección autorreflexiva, entendida como la facultad del sujeto para su autoexploración y satisfacción sexual propia; y de otro, la libertad sexual de proyección interactiva, que comporta el derecho del individuo para intervenir en un comportamiento de naturaleza sexual con un tercero. Desde la vertiente negativa, se manifiesta en la aptitud para rechazar o rehusar de una conducta sexual no deseada o tolerada. Ambos bienes jurídicos no solo

no son incompatibles, ni se interfieren o contradicen, sino que resultan necesarios y plenamente complementarios, cuando el objeto de protección se extiende a todas las personas con independencia de sus condiciones biopsíquicas.

UNDÉCIMA.- Consideramos que la indemnidad sexual debe contemplarse desde dos perspectivas, en atención a los sujetos sobre los que se proyecta. Respecto de los menores, la indemnidad sexual se refiere a todos ellos, aunque de manera reforzada para los menores de la edad de consentimiento sexual, fijada en 16 años. Se trata de la protección reforzada que dispensa el ordenamiento jurídico para la formación y desarrollo autónomo de la personalidad sexual de los menores, sin injerencias o intromisiones perturbadoras de su proceso evolutivo, sustentadas en una posición de poder del sujeto activo con quien se ven involucrados.

En atención a los discapacitados, se puede concebir como el derecho al ejercicio de su libertad sexual en condiciones de socialización adecuada, que no implique el ejercicio de una posición manifiesta de poder del sujeto activo.

La indemnidad sexual, predicada del menor de la edad fijada para validar el consentimiento sexual, permite explicar todos los casos en los que, a pesar de mediar una capacidad natural del menor, sin embargo, el ordenamiento no valida la relación con otros sujetos con los que existe unas divergencias etarias y madurativas que comprometa el desarrollo de la personalidad sexual de aquél.

La indemnidad sexual del discapacitado intelectual o persona con situación de vulnerabilidad (arts. 178.2 y/o 180.1.3º CP) queda fijada como un

reducto mínimo de protección de individuos a los que, predicándose generalmente su libertad sexual, debe dárseles un tratamiento singular en aquellos casos en los que el consentimiento se obtenga del prevalimiento del sujeto activo de cierta superioridad, al conseguir captar la voluntad del sujeto pasivo precisamente abusando de la vulnerabilidad de la víctima.

Por ello, no procede identificar indemnidad sexual con intangibilidad sexual. Indemne significa “libre de daño”, mientras que intangible es “aquello que no se puede tocar”. Sin embargo, la propia cláusula del art. 183 bis CP evidencia la imposibilidad de tal identificación de la indemnidad como intangibilidad, en la medida en que no se parte de una presunción *iuris et de iure* de irrelevancia del consentimiento sexual del menor de 16 años, sino de una presunción *iuris tantum*, esto es, el menor puede “tocar” y “ser tocado” –en determinadas condiciones, con fines sexuales– a la luz de la cláusula. Luego, resulta evidente que a la indemnidad sexual ha de dotársele de otro contenido, y concretamente, uno que guarde relación con el daño real o potencial que una conducta abusiva o explotadora podría desencadenar en el menor, en forma de daños o menoscabos de su personalidad sexual.

Por ello, la indemnidad sexual entendemos que es compatible y complementaria con la actual protección de la libertad sexual, respecto de sujetos que, aun cuando puedan gozar de ésta, solo resulta jurídicamente reconocida como válida en ciertas circunstancias.

DUODÉCIMA.- No compartimos las propuestas de reformulación de los bienes jurídicos actuales, libertad e indemnidad sexuales, que por algunos

autores pretenden ser sustituidos por un bien jurídico totalizador o único, tales como las propuestas entorno a los conceptos de “libertad sexual segura” o de “autonomía sexual”.

En esta misma línea, tampoco compartimos la perspectiva de que la libertad sexual sea capaz de explicar, por sí misma, todas y cada una de las prohibiciones en materia de los comportamientos de naturaleza sexual contempladas en el Código Penal. Particularmente, cuando se trata de acciones sexuales consentidas por menores sin capacidad legal de autodeterminación sexual, pero que gozan de capacidad natural de juicio relativo al sentido y trascendencia de la disposición del bien jurídico libertad sexual.

El intento de fundamentar esta prohibición como un atentado contra la libertad sexual del menor, en atención a que no se dan las condiciones para el ejercicio en libertad de la sexualidad o que se protege una libertad sexual de futuro (en formación o *in fieri*), además de incurrir en una tautología, no parece idóneo para explicar las razones materiales por las que, aun concurriendo un consentimiento de quien tiene capacidad natural de juicio, es considerado el sujeto pasivo de un delito sexual, y quien realiza la acción sexual, autor del mismo. Puesto que tales razones no radican en la libertad de la voluntad, sino en que el proceso de evolución de la personalidad sexual del menor se desarrolle sin injerencias potencialmente perniciosas o dañinas, al estar basadas en diferencias de poder, experiencia, grupo etario o expectativas entre los sujetos.

Adicionalmente, respecto de los mayores de 16 años y menores de 18, a los que se les capacita de autodeterminación sexual, no resulta suficiente dicho

bien jurídico para justificar la razón por la que se sancionan penalmente conductas tales como la elaboración con su consentimiento de material pornográfico para propio uso, incluso cuando este provenga de la captación audiovisual de acciones sexuales libremente compartidas.

Respecto de la “libertad sexual segura”, que implica una ampliación de la propia libertad sexual, atendiendo al ánimo de discriminación y dominación, así como a la puesta en peligro de la vida y de la propia seguridad personal de la víctima, desde nuestro punto de vista no resulta satisfactoria la propuesta de que constituya el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, en la medida que el derecho a la seguridad preconizado en el art. 17.1 CE no guarda relación con la libertad sexual, sino con la censura de injerencias arbitrarias por los poderes públicos en el ámbito de la libertad individual.

A la par, si se entiende esa alusión a la seguridad, predicada no tanto de la libertad, como de la cuestión “sexual”, se podría distorsionar el objeto de la protección penal, dando cabida a la reprensión de toda práctica del sexo “no seguro”, lo que admitiría una polisemia susceptible de ampliar desmesuradamente los contornos típicos. Por otra parte, los peligros para la vida e integridad, que igualmente se pueden predicar otras figuras, no son objeto de protección de los delitos sexuales, y cualquier efecto nocivo para la víctima entorno a su seguridad personal, puede ser valorado en el ámbito de la responsabilidad civil.

En lo referente a la “autonomía sexual”, entendemos que es un concepto que no contribuye a clarificar la concepción de la libertad sexual preconizada por

el Código Penal, y solo se define de una manera negativa, como ausencia de elementos que limiten la libertad sexual del individuo, lo que resulta tautológico y, en el fondo, coincidente con el propio concepto central de la libertad sexual.

DECIMOTERCERA.- La “moral sexual colectiva” no puede constituir un bien jurídico protegido en el contexto de un Estado democrático, social y de Derecho, del que destaca el pluralismo, también en materia sexual. Lo anterior no empece para que haya de reconocerse como inmanente e invariable de toda regulación penal la influencia de algunos valores ético-sociales imperantes en un momento histórico dado en sociedad, en la medida en que éstos influyen en las convicciones sociales sobre los bienes jurídicos y en la delimitación de las conductas que expresan su lesión o puesta en peligro. Tal influencia es todavía mayor en el ámbito de los comportamientos sexuales prohibidos, puesto que los mismos están fuertemente condicionados por las concepciones ético-sociales vigentes.

Hoy por hoy, el tránsito histórico de una moralidad puritana hacia la vigente protección de la libertad individual, parece describir cierto giro hacia una nueva moral sexual de corte feminista e identitario, que, sin ser necesariamente dominante o mayoritaria, abre nuevas perspectivas respecto de las conductas punibles.

DECIMOCUARTA.- La capacidad de autodeterminación de la persona constituye el presupuesto esencial para la formación del consentimiento sexual, piedra angular del ejercicio de la libertad sexual en sus diversas manifestaciones. La autodeterminación sexual es expresión de la dignidad humana, reconocida en

el art. 10 CE, a modo de un “*valor espiritual y moral inherente a la persona*” (cfr. STC 53/1985), que implica que existan ciertos bienes tutelados por el Derecho sobre los que el individuo goza de un poder de disposición, entre los que se encuentra el ejercicio libre de su sexualidad (esto es, la libertad sexual).

El consentimiento sexual abarca todas las manifestaciones de voluntad del individuo para involucrarse, participar o intervenir en una conducta sexual interactiva, con mayor o menor grado de intensidad respecto del objeto de la acción, bastando la mera tolerancia para considerarlo penalmente válido, en la medida que se tutela la libertad sexual y no otros aspectos, como la satisfacción sexual o la afectividad humana.

En el ordenamiento español vigente el consentimiento sexual puede ser prestado de forma expresa, tácita e, incluso, presunta, según en qué circunstancias. No existe una limitación derivada de la literalidad de la norma que excluya tales formas de manifestación de la voluntad como formas de prestar un consentimiento jurídicamente válido. La exigencia de un consentimiento sexual expreso, bajo la premisa de la implementación por el legislador español de un modelo afirmativo de consentimiento, no se compadece con una exégesis de la norma adecuada con principio de legalidad de los delitos. El concepto “claro” no conduce, necesariamente, a un consentimiento afirmativo. Por otro lado, no existe ninguna norma en el ordenamiento jurídico español (nacional o incorporada, virtud de los tratados internacionales, *ex art. 96 CE*), que imponga realizar una interpretación necesariamente acorde con tal postulado.

DECIMOQUINTA.- En lo referente al objeto del consentimiento sexual, se diferencia por nuestra parte entre el elemento nuclear (consentimiento sobre la acción sexual e identidad de los participantes en el plano de la interacción sexual en la esfera de la realidad), frente a todos los elementos que concurren de forma accidental o periférica (motivaciones, circunstancias o factores accesorios respecto al modo o forma de realización de la acción sexual que se va a desarrollar, incluyendo la identidad de personas en casos de relación telemática, cuando no preceda un contacto personal).

Solo es determinante para considerar inválido el consentimiento sexual que este no comprenda la naturaleza sexual del comportamiento o la identidad de quienes intervengan en él, en los casos de acciones físicas y no a distancia. De esta forma, aspectos como los modos de ejecución de la acción sexual (*v.gr.* con o sin medidas profilácticas; bajo la premisa de unas condiciones personales, familiares, sociales o religiosas; o mediando cualquier elemento motivacional), no afectan a la validez del consentimiento sexual a los efectos de la determinación del delito de agresión sexual. Si se apuesta por otra interpretación, el resultado es que el consentimiento sexual se sobredimensiona, al permitir dotar de relevancia jurídica a circunstancias que podrían llegar a ser ilimitadas y en las que cualquier error inducido sobre las mismas, o sobre su intensidad o motivación, conduciría a una excesiva intervención del Derecho Penal, en oposición a los principios político-criminales de fragmentariedad, lesividad e intervención mínima.

No entendemos adecuada la equiparación penal con relación al tipo de agresión sexual de los supuestos de error sobre los motivos determinantes de la

prestación del consentimiento o en los elementos modales de la práctica sexual (*v.gr.*, con o sin preservativo, con o sin eyaculación en el interior de la otra persona, etc.). No obstante, cuestión distinta es optar por una tipificación específica de tales conductas. Pues, equiparar o hacer equivalente estas prácticas a una agresión sexual, implica negar que la relación haya sido consentida, lo cual no se compadece con la propia realidad.

La oposición con respecto a un medio o circunstancia acaecidos durante la acción sexual o la aparición de un contra-motivo para haber consentido exceden del ámbito de protección típica de los arts. 178 y ss. CP. Ello, sin perjuicio de que, si se considera que subsiste un injusto específico derivado de tales actos, se debiera tipificar de manera autónoma, sin que sirva a tal efecto el tipo privilegiado del art. 178.4 CP, puesto que solo se refiere a las acciones sexuales simples y no a los accesos carnales (que son supuestos relevantes)

En los casos de error en la identidad de la persona interviniente, solo entendemos que es relevante cuando la acción sexual sea personal o directa (en cuyo caso, sí es abstractamente determinante para la validez del consentimiento), frente a las hipótesis de contacto por medios telemáticos (en las que la identidad del sujeto quede severamente afectada en la natural anonimidad de la propia red de comunicación). Solo en los supuestos en los que el contacto cibernético se efectúe entre sujetos específicamente identificados, podría valorarse tal circunstancia (*v.gr.*, pareja en la vida “real” que deciden hacer una sesión de sexo virtual o telefónico).

DECIMOSEXTA. - El consentimiento respecto del objeto de la acción sexual permite abarcar las prácticas de todo orden que se sustancien en una autodeterminación consciente y voluntaria de los participantes.

Respecto de los dotados de edad de consentimiento sexual, se incluyen las acciones sexuales de dominación, que son comprensivas de ciertas violencias de baja intensidad, por supuesto consentidas (*v.gr.*, BDSM). Entendemos que la responsabilidad penal por las lesiones leves que de tales prácticas se pudieran deriven tendrían que estar excluidas del ámbito típico, en atención a la adecuación social de los comportamientos un Estado democrático y pluralista.

Las eventuales lesiones menos graves que pudieran producirse, encontrándose en el marco de las conductas típicas, pueden considerarse lícitas en virtud la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP), en la medida que constituyan una expresión del ejercicio activo de la libertad sexual, con componentes de violencia consensuada y legitimada precisamente por la propia dinámica y objeto de esa peculiar manifestación de la sexualidad humana.

En el caso de menores de 16 años tales prácticas pueden considerarse también al margen del Derecho Penal, en coherencia con el concepto de libertad e indemnidad sexuales que hemos sostenido. Las actuaciones sexuales (dentro del ámbito del art. 183 bis CP) que impliquen una mínima intervención en la integridad física dentro de ese contexto de sexualidad consensuada, quedan al margen del interés jurídico-penal tutelado por el principio de insignificancia, en

una medida de protección más amplia que para los que están dotados de edad de consentimiento sexual.

Ello no significa, en otro orden de cosas, que la valoración de la concurrencia de los elementos de la cláusula permita incluir aspectos relativos a la propia dinámica sexual realizada, en atención a su adecuación o no a estándares mayoritarios relacionales, puesto que ello supondría una injerencia injustificada en el proceso de formación libre de la personalidad sexual del menor, que tiene la facultad de poder “optar” (dentro del marco de la libertad reconocida, mediante la cláusula) por conductas sexuales particularmente minoritarias, siempre que no se lesione con su práctica otros bienes jurídicamente relevantes.

DECIMOSÉPTIMA.- El consentimiento de la acción sexual no es un elemento ni estático ni único, sino que se presenta como un *continuum*, que se va actualizando de manera dinámica a lo largo de todo el comportamiento sexual, de manera que cualquier planteamiento que tendiera a una simplificación a través una positivización previa del mismo sería incompleto e insuficiente.

El modelo afirmativo parte de una planificación exhaustiva, precisa y exacta de la acción sexual, algo que resulta sumamente artificial. Por otra parte, el consentimiento en la acción sexual ha de ser bilateral, e implica que cada uno de los intervinientes recabe –con carácter previo a la acción sexual, desde el plano del consentimiento afirmativo– dicho consentimiento recíproco. Ello haría francamente difícil y tortuosas las relaciones sexuales, en la medida que incluso sobre dicho consentimiento pueden presentarse errores de percepción. El sujeto

puede creer que concurre un consentimiento que no existe, incurriendo con ello en responsabilidad penal, cuando en realidad el rechazo a un comportamiento concreto de naturaleza sexual no tiene por qué ser concebido como una acción sexual in consentida con relevancia penal, sino como un hecho completamente normal dentro de las relaciones –sobre todo, de las de pareja–, en las que se va descubriendo el interés que el cada momento y circunstancia presentan los sujetos intervinientes. A mayor nivel de confianza, menos exhaustiva parece ser la necesidad de positivizar el consentimiento. Por ello, entendemos que el modelo del consentimiento afirmativo se basa en la generalización de la desconfianza entre los intervinientes de una relación sexual, hasta límites intrínsecamente contradictorios, puesto que presumir la ausencia de confianza en una relación de carácter íntimo, y en muchas ocasiones, ligada a la emoción y afectividad, no parece asumible como principio.

No es objeto del Derecho Penal establecer un modelo de relaciones sexuales legalmente aceptables en función de la forma de expresar el consentimiento. Se trata de un ámbito relacional de intimidad en el que se percibe un interés público digno de tutela, más allá de la libertad sexual individual de cada uno de los participantes, que tienen derecho a modular la forma, manera y circunstancias de relacionarse en dicho ámbito con arreglo a sus propios códigos, y ello, siempre desde la premisa de la libertad de autodeterminación de los seres humanos.

El Derecho Penal no debe aspirar a cubrir los déficits comunicativos, puesto son otros los ámbitos que deben ocuparse de esta tarea, ni, en

consecuencia, orientarse a cuestión distinta de su función de protección última de bienes jurídicos y su carácter de *ultima ratio*.

DECIMOCTAVA.- La evolución de las concepciones legislativas sobre el sexo y la sexualidad, cristalizadas en la LOGILS, estudiadas a partir del Anteproyecto de Ley Orgánica (2020) y del Proyecto de Ley Orgánica (2021), nos permiten considerar la trayectoria en la que parece introducirse un modelo de Derecho Penal “de la sospecha” con relación al ejercicio de la sexualidad. Ello, sustentado en la consideración de la actividad sexual como un comportamiento peligroso para las mujeres (y con relación al objeto de esta tesis, también para los menores), puesto que se adopta un enfoque esencialmente tuitivo, y con relación a las mujeres, mediante la implementación de la “perspectiva de género” como sistema dominante de la regulación y de la interpretación de las normas jurídico-penales.

El Derecho penal sexual, que modernamente había logrado depurarse –en muy buena medida– de contenidos de carácter moral, viene sufriendo una involución en este sentido. Dicha regresión no se produce, actualmente, desde los postulados de una moral religiosa más o menos dominante, sino desde una ética sexual feminista identitaria de corte excluyente, que identifica al hombre como potencial agresor sexual, y a la mujer como ser necesitado de una tutela reforzada. De ello se deduce, aunque sea simplifadamente y salvo prueba en contrario, que el hombre de entrada está dispuesto siempre a la acción sexual en cualquier circunstancia, mientras que la mujer, en principio, la rechaza.

Aunque se aprecia una prevalencia desproporcionada de víctimas mujeres en los delitos sexuales, sin embargo ello no justifica medidas penales de carácter discriminatorio o que pongan en riesgo la protección de valores y principios constitucionalmente erigidos con rango de derecho fundamental, como es la igualdad entre hombres y mujeres. No sería comprensible una tipificación de los delitos sexuales con víctima femenina con otra penalidad, con carácter general.

Respecto a los derechos fundamentales de carácter procesal, como la presunción de inocencia, la igualdad de armas procesales (como manifestación del derecho fundamental a no sufrir indefensión), así como el principio procesal acusatorio, se ven conjuntamente comprometidos si se parte de la consideración de que la regulación española impone un sistema de consentimiento afirmativo, y se liga tal premisa a la interpretación con “*miras de género*”, en los términos expuestos en recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo (cfr. STS 930/2022, caso “Arandina”).

Desde tales postulados se impone al investigado (varón) una “*probatio diabolica*”, por la que debe acreditar para no ser condenado: i) la prestación de un consentimiento sexual por la presunta víctima; ii) que ha sido recabado con anterioridad a la acción sexual analizada; iii) que comprendía expresamente los actos desarrollados (con todos los elementos modales y circunstanciales, desde tal postulado); iv) finalmente, ha de resultar (cfr. Circular 1/2023 de Fiscalía General del Estado) objetivamente razonable para un espectador externo la prestación clara de dicho consentimiento.

DECIMONOVENA.- La “perspectiva de género” a la que llama el art. 49.2 del Convenio de Estambul de 2011 del Consejo de Europa, se circunscribe al ámbito de la violencia de género, constituyendo una interpretación injustificadamente extensiva aquella que considere que tal principio ha de implementarse en el conjunto de actuaciones penales, frente a toda clase de delitos que tengan como concreto sujeto pasivo a una mujer.

En todo caso, la interpretación del concepto, cualquiera que sea el ámbito de su observancia, no puede conducir a una rebaja de las garantías formales ni materiales que constituyen los derechos fundamentales del investigado o acusado en el proceso penal (*cfr.* arts. 9.1, 10.2 y 24 CE; así como el art. 6 CEDH).

VIGÉSIMA.- El conjunto de reformas legales referidas en este estudio, que se han desplegado en el periodo de 2020-2023, advierten la necesidad de perfilar el concepto de indemnidad sexual como bien complementario a la libertad sexual. No se ha identificar con la intangibilidad sexual, sino con la tutela reforzada del menor de edad de consentimiento para ciertas manifestaciones, que el ordenamiento hace prevalecer incluso respecto de su voluntad naturalmente concebida, para preservarle de injerencias en el desarrollo de la personalidad sexual que, a la postre, puedan resultar negativas o que no reflejen su natural u ordinario desarrollo. Por tanto, se trata de favorecer que el menor tenga ocasión de formar de manera autónoma su personalidad sexual, censurando la instrumentalización del menor en el marco de relaciones asimétricas.

A la par, respecto de las personas con discapacidad intelectual o trastornos psíquicos, debe reconocerse la suficiencia de la capacidad natural de los mismos,

cumplidos los requisitos de edad generales, para el ejercicio de la libertad sexual interactiva y para los derechos reproductivos de éstos; sea entre personas con la misma condición, o sea para con otros individuos que no presenten tales circunstancias. Aspecto diverso es que el ordenamiento siga manteniendo la protección de su indemnidad sexual en los casos en los que la expresión de la interacción sexual no constituya una forma de ejercicio libre de su personalidad sexual y de su proceso de socialización, sino que sea desarrollada por el sujeto activo desde una relación asimétrica de poder o dominación, esto es, que “abusare” o “explotare” de la condición de tal persona con discapacidad y de sus circunstancias particulares.

El Derecho Penal no debe entrar a considerar los aspectos morales de las relaciones sexuales entre personas con discapacidad, ni de éstas y de quienes no tengan tal condición. Simplemente, ha de preservar la libertad de actuar y de decidir en este plano por parte de la persona con discapacidad, de manera que las conductas que desarrolle o en las que intervenga sean genuina expresión de sus facultades de autodeterminación y libre voluntad en el ámbito de su sexualidad.

VIGESIMOPRIMERA.- Desde una perspectiva comparada, la edad de consentimiento sexual actual en España, fijada en 16 años, se encuentra dentro de la media de los Estados analizados. En los ordenamientos estudiados, aparecen modelos que optan por la fijación de cláusulas semejantes a la española del art. 183 bis CP, si bien, proponiendo generalmente la fijación de marcos de edad determinados (criterio cronológico puro), aspecto que contribuye a la seguridad jurídica.

Nuestra postura personal es la de apostar, como se ha pronunciado una buena parte de la doctrina, por la conveniencia de fijar la edad de consentimiento sexual en 14 años. Fundamentalmente, por la ponderación de criterios biológicos, (desarrollo sexual físico y psicológico) pero también socio-relacionales (tendencia a una precocidad en el inicio de las experiencias sexuales interactivas, que se sitúa muy por debajo de la edad de 16 años), que lleva a clandestinizar o cubrir de sospechas las relaciones que responden, en la mayoría de casos, a actos de descubrimiento y experimentación sexual coherentes con el desarrollo de la personalidad de los menores en esta esfera existencial.

Por otro lado, la reducción propuesta de la edad de consentimiento sexual, es consecuente con otras normas del ordenamiento jurídico que, como la LORPM, establece la edad de 14 años como relevante para una eventual responsabilidad penal y a la que se asocia una capacidad de inhibir su comportamiento antijurídico. Asimismo, dicha edad es acorde con la previsión legal de solicitar o promover la rectificación del sexo registral con la mera asistencia de los progenitores o tutores (que no representación), en los términos del art. 43 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero.

No soslayamos los posibles efectos colaterales indeseables, respecto de la impunidad de interacciones de menores de 14 y 15 años con adultos no jóvenes, en caso producirse la reducción de la edad de consentimiento sexual a 14 años. No obstante, tales hipótesis seguirían siendo objeto de interés del Derecho Penal cuando el consentimiento hubiera sido obtenido de manera viciada, por razón de la edad y vulnerabilidad del menor.

Por ello, atendiendo a las actuales figuras del Título VIII del Libro II CP, la reducción de la edad de consentimiento a los 14 años no incrementa el riesgo de una manera intolerable.

Por el contrario, semejante propuesta excluiría del escrutinio del Derecho Penal las acciones sexuales, en el marco de la juventud, respecto de personas a las que el ordenamiento les reconoce, desde los 14 años, la aptitud para el ejercicio de derechos que comportan riesgos para bienes de mayor interés jurídico (*v.gr.* el derecho a la vida, con relación a la extensión de permisos de conducción de vehículos o tenencia de armas).

De esta forma, se contrarrestaría el efecto negativo de una criminalización de la sexualidad adolescente y juvenil, eludiendo la victimización, que podría ser primaria, de los jóvenes sometidos a una investigación penal (tanto del autor, como de los partícipes, así de la como presunta víctima), que puede conducir por sí misma a atentar contra la integridad psíquica y la intimidad de los individuos involucrados, al sustanciarse en procesos indagatorios o exploratorios de variados aspectos de la esfera más profunda de la privacidad.

VIGESIMOSEGUNDA.- En lo relativo al criterio de proximidad cronológica, debemos concluir que el precepto vigente adolece de los elementos necesarios para poder considerarlo satisfactorio conforme a los principios de taxatividad y seguridad jurídica, puesto que somete el enjuiciamiento sobre la concurrencia de dicho requisito a una valoración singularizada, sobre la que no existen criterios legalmente determinados.

En rangos de edad de hasta dos años de diferencia entre los sujetos, siendo al menos uno de ellos, menor de 16 años, estimamos concurrente la simetría de edad. Esta debería apreciarse *ope legis*. Acreditada dicha circunstancia, debería quedar excluido el análisis de la proximidad madurativa, en cuanto sería presumible la misma *iuris et de iure* ante la escasa diferencia etaria.

En casos de rangos de diferencia de edad de dos a cinco años, siendo uno de los sujetos mayor de edad, entendemos que procede la exploración de la proximidad en grado de desarrollo o madurez, a los efectos de poder excluir la responsabilidad criminal en aquellos casos en los que, no siendo completamente simétrica la edad, no exista lejanía cronológica, pero además, concorra cierta proximidad en el plano psicológico o madurativo de los sujetos implicados. La proximidad física no es un elemento valorativo decisivo en este sentido. La exploración de la madurez y proximidad en desarrollo, debe ser menos incisiva cuanto menor grado de intensidad tenga la acción sexual analizada.

Una diferencia cronológica superior a cinco años e inferior a diez, puede ser tomada en consideración, en según qué casos, como eximente de manera excepcional (*v.gr.*, en supuestos de acciones sexuales de escasa intensidad), en tanto que el efecto atenuante debe ser más ampliamente contemplado. No obstante, nuestra comprensión se contrapone a la reciente doctrina del Tribunal Supremo, referida en la Sentencia nº 930/2022 (caso “Arandina”), que rechaza la aplicación de la atenuante por analogía del art. 21.7ª CP, en relación con el art. 183 bis CP.

Frente a la anterior posición, encontramos razones para sostener que procede la apreciación del art. 21.7ª CP en relación con el art. 183 bis CP, en tanto que la fundamentación de la cláusula estriba en el ejercicio de un derecho a la sexualidad activa del menor de 16 años, en un marco de proximidad etario y madurativo, de forma que la concurrencia de ambos factores excluye lo injusto. En correlación, entendemos que la presencia de uno solo de ellos, no puede ser considerada como irrelevante a los efectos de lo injusto, puesto que produce una reducción del mismo. De tal forma, aunque la conducta ya no puede ser considerada atípica (en tanto que no cabe graduar la tipicidad), sí cabe graduar lo injusto en el marco del desvalor de la acción y del resultado, mediante la aplicación analógica del art. 21.7ª en relación con los arts. 20.7º y 183 bis CP, al encontrarnos en el supuesto del ejercicio de un derecho de la personalidad, y, en concreto, de una manifestación de la libertad sexual interactiva, si bien de manera imperfecta o incompleta en cuanto a los requisitos legales para su validación, que implica una reducción significativa de lo injusto.

VIGESIMOTERCERA.- Para medir la proximidad en madurez psicológica, se propone la implementación generalizada y protocolizada en todo el sistema judicial español de modelos estandarizados de análisis objetivo psicométrico (tipo test PSYMAS o similares).

A través de una aplicación sistemática, se podría garantizar una exploración de esta faceta de la personalidad (esto es, la madurez psicológica, con especial incidencia en el plano sexual), observando los estándares científicos de refutabilidad y replicabilidad, que identifican al método empírico.

Ante la inexistencia de criterios uniformes en la exploración de la madurez psicológica y física, que hayan sido establecidos en normas procedimentales ni sustantivas, los análisis de tales elementos se conducen por los cauces de la incertidumbre e inseguridad jurídica. Lo anterior, reviste particular importancia, en la medida que tales exploraciones periciales son potencialmente determinantes para la aplicación de la cláusula de atipicidad o para su rechazo, en tanto que, tratándose de conceptos extrapenales, el recurso a los profesionales especializados constituye la práctica habitual de los tribunales. Por ello, debe garantizarse una uniformidad y coherencia en los criterios valorativos, censurándose –por supuesto– aquellos dictámenes sustentados en meras impresiones o apreciaciones subjetivas.

De tal manera, se propone que de *lege ferenda*, se establezcan reglamentariamente una serie de protocolos y actuaciones unificadas en el marco de las exploraciones desarrolladas en los Institutos de Medicina Legal y en los Equipos Psicosociales, como órganos que pertenecen o prestan servicio a la Administración de Justicia. El objetivo es asegurar unas garantías metodológicas mínimas y necesarias para dotar de validez científica a los resultados de las exploraciones, que habrán de constar siempre en el informe oportuno.

Respecto a la relación entre proximidad en madurez psicológica y desarrollo físico, entendemos que el primero de los factores ha de preponderar respecto del segundo, constituyendo la equiparación de tales aspectos un defecto técnico-legislativo, que hunde su origen en la Directiva 93/2011/UE, y que se incorporó tardíamente en nuestra norma penal.

Frente a los métodos de comparación de la madurez psíquica, la valoración física comparativa del desarrollo externo (mediante las escasas escalas existentes, como la de TANNER, o el orquidiómetro de PRADER) ofrece una información muy poco concluyente desde el plano de la aptitud de los sujetos con objeto de configurar su consentimiento en las condiciones penalmente adecuadas para validar la concurrencia de la proximidad en este aspecto, respecto de la práctica de la sexualidad activa.

Por tanto, las divergencias físicas no deberían determinar una inaplicabilidad de la cláusula. Solo en caso de que exista un riesgo patente o daño derivado de la desproporción física, se podrá considerar, siempre de manera subsidiaria a la comparación de la madurez psicológica, a los efectos de la decisión final que corresponda adoptar.

VIGESIMOCUARTA.- En atención a la naturaleza jurídica de la cláusula del art. 183 bis CP, concluimos, tras el estudio de las diversas opciones interpretativas, que el legislador la formula como una cláusula de atipicidad, sustentada en el derecho del menor a poder disponer (limitadamente, en el marco de la propia dicción del precepto, entre próximos en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica) de una libertad sexual positiva interactiva, que se complementa con la tutela penal de la indemnidad sexual que, como regla general, preserva al menor de 16 años de las interacciones sexuales con terceros ajenos al marco de la cláusula, como una garantía de protección del desarrollo de su personalidad sexual (por encima de su deseo o voluntad de actuar sexualmente).

VIGESIMOQUINTA.- Es necesario considerar un cambio de paradigma en la interpretación de la tutela penal del ejercicio activo de la sexualidad de los menores en general, y en particular, de los que no alcanzan la edad de autodeterminación sexual.

No se trata en este momento de valorar la conveniencia de una reducción de la edad penal del consentimiento en el sentido propuesto en esta tesis, sino de optar por una nueva perspectiva en cuanto al sistema implementado a partir de la cláusula del art. 183 bis CP, pues a partir de éste, parece deducirse un modelo de intervención penal que puede resultar contraproducente con el desarrollo de la personalidad sexual de los menores durante su tránsito por la adolescencia (desde los 14 años en adelante, particularmente, que es el marco de edad a partir del que, desde el plano demoscópico, se inician las interacciones sexuales con mayor nivel de intensidad).

El establecimiento del ejercicio interactivo de la libertad sexual en la franja etaria y madurativa propia de la adolescencia como una excepción, frente a una regla general de prohibición de todo contacto sexual con menores, resulta contrario a los estándares que han de regir la protección del libre desarrollo de la personalidad sexual de los menores. El desarrollo de la personalidad sexual se sustancia en un conjunto de conocimientos que se adquieren por medio de las sucesivas experiencias e interacciones sexuales, que los menores, en tanto sujetos de derechos fundamentales y de la personalidad, adquieren de modo progresivo durante esa etapa de evolución.

Es preciso dotar a los adolescentes de un marco de seguridad jurídica para el ejercicio de su libertad sexual, que no categorice la tal actividad como una conducta legalmente censurable de principio, con efectos negativos para sus participantes, incluso aunque resulten exentos de responsabilidad criminal, lo que las abocaría a cierta clandestinidad.

Por el contrario, la tutela del Derecho Penal debe dirigirse a sancionar exclusivamente aquellos actos sexuales realizados con menores que pongan en peligro o lesionen el desarrollo de su personalidad sexual, siempre interpretando la injerencia del Estado en esta faceta desde una perspectiva restrictiva y acorde con los principios de lesividad e intervención mínima, y coherente con los derechos fundamentales de los afectados.

Por ello, en conclusión, se propone que la actividad sexual entre jóvenes, a partir de cierta edad (que nosotros sugerimos sea a partir de los 14 años), sea considerada generalmente lícita y al margen del interés de su reprensión por el Derecho Penal, siendo excepcional la aplicación de una cláusula como la del art. 183 bis CP, para los supuestos sugeridos *de lege ferenda*, en la línea sugerida por BOLDOVA PASAMAR.

Para ello, se exige reformular la cláusula, de modo que el criterio cronológico se convierta en el punto de referencia único para valorar la licitud del comportamiento consentido. Esto implicaría no solo apreciar la licitud del comportamiento con base exclusivamente en el criterio cronológico para diferencias iguales o menores a 2 años, sino extender esta consideración a los comportamientos libremente desarrollados por y entre menores sin diferencias

de edad relevantes o manifiestas, que llevarían a indicios claros de diferencias madurativas, sin perjuicio de los matices efectuados en las prácticas de mayor intensidad lúbrica.

Con ello, se conseguiría evitar la estigmatización de una evaluación de los menores implicados, por establecerse una regla general de permisión entre menores de las conductas sexuales y evitar la fiscalización de tales comportamientos, que deberán ser tenidos como generalmente lícitos.

En cambio, en el caso que uno de los sujetos sea adulto, la regla general ha de ser la opuesta, la prohibición de las conductas sexuales con menores por debajo de la edad de consentimiento sexual, sin perjuicio de la operatividad de la cláusula analizada, en los casos de proximidad cronológica y madurativa.

BIBLIOGRAFÍA

- Acale Sánchez, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. Alianza Editorial.
- Acale Sánchez, M. (2018). Tratamiento penal de la violencia sexual. La forma más primaria de violencia de género. En P. Faraldo Cabana y M. Acale Sánchez (Coords.), *La Manada - un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 71-100). Tirant lo Blanch.
- Acale Sánchez, M. (2019). La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género. En J. Parrilla Vergara (Ed.), *Mujer y Derecho Penal* (pp. 220-225). J.M. Bosch.
- Acale Sánchez, M. (2019). *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*. Reus.
- Acale Sánchez, M. (2022). Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa. En E. Marín de Espinosa Ceballos, P. Esquinas Valverde (Dirs) y M. A. Morales Hernández (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 39-88). Aranzadi.
- Afp, A. R. T. (2020, 22 abril). Deneuve et 99 femmes défendent «la liberté d'importuner, indispensable à la liberté sexuelle». *leparisien.fr*. Recuperado 14 de octubre de 2022, de <https://www.leparisien.fr/laparisienne/people/deneuve-et-99-femmes-defendent-la-liberte-d-importuner-indispensable-a-la-liberte-sexuelle-09-01-2018-7491147.php>
- Agelán Casasnovas, E. (2015). Ciberdelincuencia: la pornografía infantil en el ciberespacio. *Revista de Ciencias Jurídicas*, III(1), 19-25. http://investigare.pucmm.edu.do:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12060/1555/R CJ_2015v3n1_19-28.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Agencia EFE. (2021, 16 julio). Condenas de entre 14 y 18 años a los cuatro acusados de «La manada de Callosa». *www.20minutos.es - Últimas Noticias*. <https://www.20minutos.es/noticia/4767047/0/condenas-anos-cuatro-acusados-manada-callosa/>

- Agüero, G., y Berner, E. (2021). Concordancia en la medición testicular de varones adolescentes con 3 métodos de orquidometría. *Archivos Argentinos de Pediatría*, 4(119), 251-258.
- Agustina Sanllehi, J. R. (2021). Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad : ¿Es necesaria una dogmática del ciberdelito ante un nuevo paradigma? *Estudios Penales y Criminológicos*, 41, 705-777.
- Alarcón, N. (2020, 2 julio). Bruselas pide multar a España por incumplir normas europeas de registro de pasajeros. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/economia/2020-07-02/bruselas-espana-normas-europeas-registro-de-pasajeros_2665640/
- Alastuey Dobón, M. C. (2011). Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 5, 13-53.
- Alberich Nistal, T. (2019). ¿Poliamor, amor libre o en libertad? Potencialidades y dificultades. *MLS Psychology Research*, 2(1), 99-116. <https://doi.org/10.33000/mlspr.v2i1.212>
- Albrecht, H. J. (1986). Entwicklungstendenzen des Jugendkriminalrechts und stationäre Freiheitsentziehung bei jugendlichen Straftätern in den USA. *Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug – Stationäre Maßnahmen der Jugendkriminalrechtspflege im internationalen Vergleich*, 2, 1211-1306.
- Albury, K. (2003). The Ethics of Porn on the Net. En C. Lumby y E. Probyn (Coords.), *Remote Control: New Media, New Ethics* (pp. 196-211). Cambridge University Press.
- Alfaro González, M., Vázquez Fernández, M. E., y Fierro Urturi, A. (2015, 9 septiembre). Hábitos sexuales en los adolescentes de 13 a 18 años. *Revista Pediatría en Atención Primaria*. <https://pap.es/articulo/12218/#bibliografia>
- Alfaro González, M., Vázquez Fernández, M. E., Fierro Urturi, A., Muñoz Moreno, M. F., Rodríguez Molinero, L., y González Hernando, C. (2015). Hábitos sexuales en los adolescentes de 13 a 18 años. *Pediatría Atención Primaria*, 17(67), 217-225. <https://doi.org/10.4321/s1139-76322015000400003>

- Allen, M., y Edwards, I. (2021). *Criminal Law*. Oxford University Press.
- Alonso Álamo, M. (2007). ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. *Revista Penal*, 19, 3-20.
- Alonso Álamo, M. (2019). El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa. En A. Monge Fernández (Dir.) y J. Parrilla Fernández (Coord.), *Mujer y Derecho Penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Bosch.
- Alonso García, R. (2008). La inserción del derecho europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 12(29), 7-17.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2598363.pdf>
- Alonso, M. (2022, 24 abril). Por qué la violencia sexual del metaverso es tan grave como la de la vida «offline». *ELLE*. <https://www.elle.com/es/living/ocio-cultura/a39692835/violencia-sexual-metaverso/>
- Alvar Ezquerro, A. (1997). *La Inquisición Española*. Akal.
- Álvarez, A., y Sáenz, M. (2021, 6 febrero). La «ley trans» desde ángulos opuestos (P. Álvarez). *EL PAÍS*. Recuperado 15 de octubre de 2022, de <https://elpais.com/sociedad/2021-02-06/la-ley-trans-desde-angulos-opuestos.htm>
- Álvarez Cora, E. (1997). Derecho sexual visigótico. *Historia Instituciones Documentos-Universidad de Sevilla*, 24, 1-52.
- Álvarez Cora, E. (2015). La teoría de la injuria en Castilla (siglos XVI-XX). En *Liber Amicorum. Estudios-histórico jurídicos en homenaje a Enrique Gacto Fernández* (pp. 157-158). Dykinson.
- Álvarez Fernández, A., Martín Palacio, M. E., y Bermúdez Rey, T. (2009). Competencias de desarrollo personal y social: la idea de madurez como institución antropológica. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2, 663-670.

- Álvarez García, F. J. (2014). La nueva reforma penal de 2013. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2197/1133>
- Álvarez García, F. J. (2021). Lesiones I. En F. J. Álvarez García (Dir) y A. Ventura Püschel (Coord.), *Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I)* (3.a ed.). Tirant lo Blanch.
- Álvarez Rodríguez, I. (2021). Dudas y certezas sobre el Proyecto de Ley Trans. *E-Prints Complutense*. Recuperado 21 de octubre de 2022, de https://www.academia.edu/45594026/Dudas_y_certezas_sobre_el_Proyecto_de_Ley_Trans?auto=citations&from=cover_page
- Álvarez-Uría, F. (1983). *Miserables y locos. Medicina mental y Orden social en la España del siglo XIX*. Tusquets.
- American Psychiatric Association. (2013). *Guía de Consulta de Los Criterios Diagnósticos del Dsm-5(r): Spanish Edition of the Desk Reference to the Diagnostic Criteria from Dsm-5(r)* (1.a ed.). American Psychiatric Publishing.
- Anderson, M. J. (2005). Negotiating Sex. *Southern California Law Review*, 41, 101-138.
- André, C. (2021). *Droit pénal spécial*. Dalloz.
- Andreassi Cieri, A. (2004). *Arbeit macht frei*. Fundación de Investigaciones Marxistas.
- Andrews, D. (2007). What Soft-core Can Do for Porn Studies. *The Velvet Light Trap*, 59(1), 51-61. <https://doi.org/10.1353/vlt.2007.0000>
- Angel, K. (2021). *El buen sexo mañana: Mujer y deseo en la era del consentimiento*. Alpha Decay.
- Anónimo, A. (2017). *Código de Hammurabi*. Van Haren Publishing.
- Antón Mellón, J., Álvarez Jiménez, J., y Pérez Rothstein, P. A. (2015). Medios de comunicación y populismo punitivo en España. *Revista Crítica Penal y Poder*, 9, 32-61.
- Antón Oneca, J. (1951). *La utopía penal de Dorado Montero* (Vol. 2). Universidad de Salamanca.

- Antón Oneca, J. (1965, enero). Historia del Código Penal de 1822. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2, 263-278.
- Antón Oneca, J. (1965, marzo). El Código penal de 1848 y D .Joaquín Francisco Pacheco. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 18, 473-496.
- Antón Oneca, J. (1986). *Derecho Penal* (2a Ed.). Akal.
- Archard, D. (2004). *Children: rights and childhood* (2.a ed.). Routledge.
- Arenal de García Carrasco, C. (1898). *Memoria sobre la igualdad*. Ed. Victoriano Suarez.
- Armaza Armaza, E. J. (2013). *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Comares.
- Armenta Hurtarte, C., y Díaz-Loving, R. (2008). Comunicación y satisfacción: Analizando la interacción de pareja. *Psicología Iberoamericana*, 16(1), 23-27. <https://doi.org/10.48102/pi.v16i1.294>
- Arzo Santisteban, X. (2003). Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos. En X. Arzo Santisteban (Ed.), *Transposición de directivas y autogobierno* (pp. 75-147). Institut d'Estudis Autònoms.
- Asencio Gallego, J. M., y González Vega, I. (2019). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual: Análisis sustantivo y procesal*. Juruá.
- Asúa Batarrita, A. (1998). Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico. En EMAKUNDE (Ed.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (pp. 45-103). Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer.
- Auerbach, H. (1978). *Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG*. Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag Der Wissenschaften.
- Baeza Yates, R., y Rivera Loaiza, C. (2002). *Ubicuidad y usabilidad en la Web*. Centro de Investigación de la Web-Dpto. de Ciencias de la Computación-Universidad de Chile. Recuperado 31 de enero de 2022, de <https://users.dcc.uchile.cl/~rbaeza/inf/usabilidad.html>

- Balaguer Callejón, M. L. (2017). *Hij@s del mercado: La maternidad subrogada en un Estado Social (Feminismos)*. Ed. Cátedra.
- Ballester Brage, L., y Orte Socías, C. (2019). *Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales*. Octaedro.
- Ballester Brague, L., Orte Socías, C., y Pozo Gordaliza, R. (2014). Estudio de la nueva pornografía y relación sexual en jóvenes. *ANDULI, Revista Andaluza de Ciencias Sociales* | Editorial de la Universidad de Sevilla. <https://editorial.us.es/es/revistas/anduli-revista-andaluza-de-ciencias-sociales>
- Banacloche Palao, J. (2000). El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. *Cuadernos de Derecho Público*, 10, 179-201.
- Barbero Santos, M. (1977). *Política y Derecho Penal en España* (1a). Tucur.
- Barreiro Morales, M. E. (2019). Tutela mulierum y sus diferentes categorías. *Glossae: European Journal of Legal History*, 16, 24-49.
- Barrio Andrés, M. (2018). *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet* (1.a ed.). Editorial Tirant lo Blanch.
- Barrionuevo Durán, C. (2021). *Una Iglesia devorada por su propia sombra: Hacia una comprensión integral de la crisis de los abusos sexuales en la Iglesia católica*. Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- Barry, K. (1992). *The Penn State Report. International Meeting of Experts on Sexual Exploitation, Violence and Prostitution*. UNESCO. Recuperado 31 de enero de 2023, de <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000913/091355mb.pdf>
- Bartholomaeus, C. (2016). *Feminisms, Postmodern. The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*, 1-7. <https://doi.org/10.1002/9781118663219.wbegss411>
- Barton, B. (2021). *The Pornification of America: How Raunch Culture Is Ruining Our Society*. Amsterdam University Press.

- Batamibar, O. (1992). The Feminist Sexuality Debates and the Transformation of the Political. *Hypatia*, 7(4), 45-58. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.1992.tb00717.x>
- Bauman, Z. (1996). Modernidad y Ambivalencia. En J. Beriain (Ed.), *Las consecuencias perversas de la modernidad* (pp. 73-119). Anthropos.
- Baumann, J. (1972). Culpabilidad y expiación ¿son el mayor problema del Derecho Penal actual? *Nuevo Pensamiento Penal*, 32.
- Becerra García, J. A. (2012). Consideraciones sobre la clasificación diagnóstica de la pedofilia en el futuro DSM-V. *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, 103, 49-54.
- Beling, E. (2018). *Derecho procesal penal*. Olejnik.
- Bellis, M. A., Lowey, H., Leckenby, N., Hughes, K., y Harrison, D. (2013). Adverse childhood experiences: retrospective study to determine their impact on adult health behaviours and health outcomes in a UK population. *Journal of Public Health*, 36(1), 81-91. <https://doi.org/10.1093/pubmed/fdt038>
- Benítez-Borrego, S., Guàrdia-Olmos, J., y Aliaga-Moore, L. (2013). Child homicide by parents in Chile: A gender-based study and analysis of post-filicide attempted suicide. *International Journal of Law and Psychiatry*, 36(1), 55-64. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2012.11.008>
- Bentham, J. (2002). *Essay sur la pédérastie [1785]*. Question de Genre. https://books.google.es/books?id=rvUeoi_Iu5YCypg=PA158ydq=Against+Timarchos+pederastieyhl=esysa=Xyved=2ahUKEwi00v3QrOb1AhUMy4UKHT6yDUIQ6AF6BAgCEAI#v=onepageyq=Against%20Timarchos%20pederastieyf=false
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (1982). *El delito de lesiones*. Universidad de Salamanca.
- Bergua Camón, J. (1950). Fueros de Aragón de 1265 a 1381 [Universidad de Zaragoza]. En *Anuario de Derecho Aragonés: Vol. V*.

- Bermejo Barrera, J. C. (2020). La leyenda de la santa pecadora: María Magdalena y la conversión de la Galia. Un estudio sobre la imaginación hagiográfica. *Bandue XIII*, 12, 5-35.
- Bernard, F., y Van Eeten, P. (1972). *Sex met kinderen*. Stichting Uitgeverij NSVH.
- Bethencourt, F. (1997). La abolición. En *La Inquisición en la época moderna* (pp. 483-512). Akal.
- Binding, K. (2012). *Die Normen Und Ihre Ubertretung, Eine Untersuchung Uber Die Rechtmassige Handlung Und Die Arten Des Delikts*. Nabu Press.
- Blümel Méndez, J. E., Castelo-Branco Flores, C., y Vallejo Maldonado, S. (2005). La sexualidad en las diferentes etapas de la vida. En J. J. De la Gándara y A. Puigvert (Coords.), *Sexualidad Humana* (1.a ed., pp. 55-63). Editorial Médica Panamericana.
- Bock, G., y Thane, P. (Coords.). (1996). *Maternidad y políticas de genero/ Maternity and Politics of the Gender: La Mujer En Los Estados De Bienestar Europeos 1880-1950* (1.a ed.). Ed. Catedra.
- Boeglin, M. (2003). Moral y control social: El Tribunal de la Inquisición de Sevilla (1560-1700). *Hispania Sacra-Sociedad e Inquisición*, 55, 501-534. <https://hispaniasacra.revistas.csic.es/index.php/hispaniasacra/article/view/156/154>
- Böhm, B., Zollner, H., Fegert, J. M., y Liebhardt, H. (2014). Child Sexual Abuse in the Context of the Roman Catholic Church: A Review of Literature from 1981–2013. *Journal of Child Sexual Abuse*, 23(6), 635-656. <https://doi.org/10.1080/10538712.2014.929607>
- Boix Reig, F. J., y Orts Berenguer, E. (2001). *El nuevo Derecho Penal español* (F. Morales Prats y G. Quintero Olivares, Coords.). Alianza Editorial.
- Boix Reig, J. (1979). *El delito de estupro fraudulento*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.
- Boix Reig, J. (1995). De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual. En V. Latorre Latorre (Ed.), *Mujer y Derecho Penal*. Tirant lo Blanch.
- Boix Reig, J. (2016). *Derecho Penal: Parte especial*. Iustel.

- Boldova Pasamar, M. A. (2001). El delito de exhibicionismo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11-35.
- Boldova Pasamar, M. A. (2004). *Comentarios al Código Penal Parte Especial Vol. II* (J. L. Díez Ripollés y C. M. Romeo Casabona, Coords.). Editorial Tirant lo Blanch.
- Boldova Pasamar, M. A. (2008). *Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*. Ubijus.
- Boldova Pasamar, M. A. (2020). El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión. *InDret*, 3, 174-213. https://zaguan.unizar.es/record/96173/files/texto_completo.pdf
- Boldova Pasamar, M. A. (2021a). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc>
- Boldova Pasamar, M. A. (2021b). Minoría de edad y delitos sexuales. En A. Abadías Selma, S. Cámara Arroyo, y P. Simón Castellano (Coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor* (pp. 407-423). Wolters Kluwer.
- Boldova Pasamar, M. A. (2022a). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, y M. A. Boldova Pasamar (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2a Ed., pp. 199-220). Editorial Comares.
- Boldova Pasamar, M. A. (2022b). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II. En C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, y M. A. Boldova Pasamar (Coords.), *Derecho Penal Parte Especial* (pp. 221-247). Comares.
- Boldova Pasamar, M. A. (2022c). Penas privativas de derechos. En L. Gracia Martín, M. A. Boldova Pasamar, y C. Alastuey Dobón, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito* (6a Ed., pp. 67-96). Tirant lo Blanch.
- Boldova Pasamar, M. A., y Rueda Martín, M. A. (2006). *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Atelier.
- Borges Blázquez, R., y Simó Soler, E. (2018). A propósito del Caso Diana Quer, por un derecho a la presunción de credibilidad para las víctimas de violencia de género. En *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género* (pp. 463-488). Tirant lo Blanch.

- *Boston Globe / Spotlight / Abuse in the Catholic Church*. (s. f.). Recuperado 17 de octubre de 2022, de <https://archive.boston.com/globe/spotlight/abuse/documents/>
- Boswell, J. (1996). *Las Bodas de la semejanza: uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*. El Aleph.
- Botella Llusia, J., y Clavero Núñez, J. (1993). *Tratado de ginecología* (14.a ed.). Díaz de Santos.
- Bravo Lira, B. (2004, enero). La fortuna del Código Penal español de 1848, historia en cuatro actos y tres continentes. De Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano. *Anuario de historia del derecho español*, 74, 23-58.
- Breedlove, J., y Breedlove, R. (1964). *Swap Clubs: A Study in Contemporary Sexual Mores*. Sherbourne Press, Inc.
- Brey, I., y Drouar, J. (Coords.). (2022). *La culture de l'inceste*. Seuil.
- Bricola, F. (1965). *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*. Giuffrè.
- Brown, A. M. L. (2015). *Sexuality in Role-Playing Games*. Routledge.
- Brox Sáenz de la Calzada, A. (2016). Algunas reflexiones en torno al reconocimiento del feminicidio en el Derecho Penal francés. *Sociología Jurídica*. <http://sociologiajuridica.unizar.es/sites/default/files/archivos/documenta/brox.pdf>
- Buckingham, D. (2002). *Crece en la era de los medios electrónicos*. Ed. Morata.
- Bustos Ramírez, J. (1986). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. (1.a ed.). Ariel.
- Cabrera Martín, M. (2019). *La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional*. Dykinson.
- Cacciatore, R., Korteniemi-Poikela, E., y Kaltiala, R. (2019). The Steps of Sexuality—A Developmental, Emotion-Focused, Child-Centered Model of Sexual Development and Sexuality Education from Birth to Adulthood. *International Journal of Sexual Health*.

<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/19317611.2019.1645783?needAccess=true>

- Cadena Serrano, F. A. (2019). Violaciones conjuntas. Caso de la Manada. *Revista La Ley*. Recuperado 29 de agosto de 2022, de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/527470>

- Calatrava, M., López-Del Burgo, C., y de Irala, J. (2012). Factores de riesgo relacionados con la salud sexual en los jóvenes europeos. *Medicina Clínica*, 138(12), 534-540. <https://doi.org/10.1016/j.medcli.2011.07.020>

- Callies, R. P. (1989). Strafzwecke und Strafrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, 89.

- Calvo Caballero, P. (s. f.). Mujer y Revolución Liberal: el patrón femenino según los primeros Códigos Penales ibéricos. *Revista Portuguesa de História*, 41-66.

- Campo, S. (2018, 13 marzo). Tierra de mujeres juristas pioneras. *heraldo.es*. <https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2018/03/12/tierra-mujeres-juristas-pioneras-1229663-300.html>

- Campos, R. (2016). La construcción psiquiátrica del sujeto peligroso y la Ley de Vagos y Maleantes en la España franquista (1939-1970). *Culturas Psi*, 7.

- Canada. (s. f.). *Age of Consent to Sexual Activity*. Department of Justice- Canada. Recuperado 18 de noviembre de 2020, de <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/clp/faq.html>

- Candau Chacon, M. L. (2002). Un mundo perseguido : Delito sexual y justicia eclesiástica en los tiempos modernos. En J. I. Fortea Pérez, J. E. Gelabert, y T. A. Mantecón Movellán (Coords.), *Furor et rabies : violencia, conflicto y marginación en la Edad Moderna* (pp. 403-432). Universidad de Cantabria.

- Cano Paños, M. A. (2021). Los persistentes problemas de la investigación criminológica en España en el ámbito de la delincuencia juvenil. Un análisis a partir de las estadísticas policiales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXXIV, 203-251.

<https://books.google.es/books?id=TcBAEAAAQBAJypg=PA236ylpg=PA236ydq=incremento+delitos+sexuales+fgeysource=blyots=joISxrsH2Vysig=ACfU3U2PA2Wvc>

nBpaCXdAYOKCJQJ7Ecn2Qyhl=esysa=Xyved=2ahUKEwjDnc-
Tg_H6AhVBhv0HHVoTAZEQ6AF6BAgSEAM#v=onepageyq=incremento%20deli
tos%20sexuales%20fgeyf=false

- Cantarella, E. (2021). *SEGÚN NATURA La bisexualidad en el mundo antiguo*. Ediciones Akal.

- Cantarella, E., y Lear, A. (2008). Textual evidence. En *Images of Ancient Greek Pederasty: Boys were their gods* (Illustrated, pp. 1-23). Routledge.

- Capel Martínez, R. M. (2004). *Mujeres para la historia : figuras destacadas del primer feminismo*. Ed. Abada.

- Carmona, M. (2011). ¿Negocian las parejas su sexualidad? significados asociados a la sexualidad y prácticas de negociación sexual. *Revista Estudios Feministas*, 19(3), 801-822. <https://doi.org/10.1590/s0104-026x2011000300008>

- Carmona Salgado, C. (1981). *Los delitos de abusos deshonestos*. Bosch.

- Carmona Salgado, C. (2005). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el título VIII, libro II del Código Penal. Agresiones y abusos sexuales. En M. Cobo del Rosal (Ed.), *Derecho Penal español: Parte especial* (2.a ed., pp. 239-286). Dykinson.

- Carmona Salgado, C. (2015). Trata de seres humanos para su explotación sexual: Argumentos a favor de una regulación española que normalice el ejercicio por adultos de la prostitución voluntaria. *La ley penal: revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*, 113.

- Carnelutti, F. (1961). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Ed. Sentis.

- Caruso Fontán, M. V. (2006). *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch.

- Caruso Fontán, M. V. (2011). Sobre la Criminalización de las Actividades Relacionadas con la Prostitución Consentida. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 25, 1-21.

- Caruso Fontán, M. V. (2017). La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿Regreso de los delitos de propia mano? *La Ley Penal*, 128.

- Casabó Ruiz, J. R. (1938). *Anteproyecto de Código Penal de F.E.T. y de las J.O.N.S.* Universidad de Murcia.
- Casas Barquero, E. (1987). *El Consentimiento en el Derecho Penal*. Universidad de Córdoba.
- Castán Tobeñas, J. (2015). *Derecho Civil español, común y foral* (G. García Cantero, Trad.; 9a Ed.). Reus.
- Castejón, F. R. (1953, enero). Apuntes de Historia política y legislativa del Código Penal de 1848. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 103-115.
- Castel, R. (1980). *El orden psiquiátrico. La edad de oro del alienismo*. La Piqueta.
- Castilla Cortázar, B. (2002). Lo masculino y lo femenino en el siglo XXI. En A. Aparisi Miralles y J. Ballesteros Llompart (Coords.), *Por un feminismo de la complementariedad: nuevas perspectivas para la familia y el trabajo* (pp. 25-46). EUNSA.
- Castro, A., Bermúdez, M. P., Buéla-Casal, G., y Madrid, J. (2011). Variables psicosociales que median en el debut sexual de adolescentes en España. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 43(1).
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-05342011000100007
- Cerezo Mir, J. (1976). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Introducción*. Tecnos.
- Cerezo Mir, J. (2004a). *Curso de Derecho Penal español: Teoría jurídica del Delito* (6a, Vol. 2). Tecnos Editorial.
- Cerezo Mir, J. (2004b). El nacimiento del Derecho Penal. En *Curso de Derecho Penal español* (6a, Vol. 1, pp. 124-138). Tecnos.
- CERMI. (2012, 21 junio). El CERMI denuncia centros para personas con discapacidad que imponen esterilización a algunas mujeres. *Cermi Semanal* 39. <http://semanal.cermi.es/noticia/CERMI-denuncia-centros-discapacidad-imponen-esterilizaci%C3%B3n-femenina.aspx>
- Cerón Torreblanca, C. (2009). Las relaciones Iglesia-Estado en Málaga durante el franquismo (1936-1975). *Baetica: Estudios de Arte, Geografía e Historia*, 31.

- Chang Kcomt, R. (2015). Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución. *Themis-Revista de Derecho*, 67, 205-216.
- Chaudhari. (2014). <http://www.iasr.com/Journals/jarpm/ArticleDetail.aspx?PaperID=1855>. *Journal of Advanced Research in Pure Mathematics*, 6(3), 78-87. <https://doi.org/10.5373/jarpm.1855.092213>
- Chimeno Cano, M. (2000). Acerca de la esterilización no curativa de incapaces. *La Ley*, 3, 1719-1721.
- Choza, J. (2017). *Antropología de la sexualidad*. Ed. Thémata.
- Cigüela Sola, J. (2021). Esbozo de una epistemología medial para el Derecho Penal. Y algunas hipótesis sobre los efectos de la cultura digital en la justicia penal. *InDret*. https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0,5yqsp=2yq=cultura+de+la+cancelaci%C3%B3n+%22derecho+penal%22yqst=br#:~:text=Esbozo%20de%20una%20epistemolog%C3%ADa%20medial%20para%20el%20Derecho%20penal
- Claret y Clará, A. M., y Sánchez y Rivera, F. (1862). *Prontuario de Teología Moral del P. Larraga*. Imprenta de D. Santiago Casilari.
- Clavero Salvador, B. (1990). Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones. En F. Tomás y Valiente (Ed.), *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* (pp. 57-89). Alianza.
- Clúa, I. (2008). *Genero y cultura popular: Estudios Culturales 1*. Edicions UAB.
- Cobo del Rosal, G. (2010). Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del Código Penal de 1928 : tres códigos penales entre 1931-1932. *Revista de las Cortes Generales*, 181-221. <https://doi.org/10.33426/rcg/2010/80/268>
- Cobo del Rosal, G. (2012, enero). El proceso de elaboración del Código Penal de 1928. *Anuario de Historia del Derecho español*. https://boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2012-10056100602
- Cobo del Rosal, M. (1983). El delito de rapto. En *Comentarios a la Legislación penal* (Vol. 2). Edersa.

- Cobo del Rosal, M., y Quintanar Díez, M. (2004). *Instituciones de Derecho Penal español: Parte general* (2a Ed.). Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas.
- Cobo del Rosal Pérez, G. (2011, enero). Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo xix a través de la codificación penal. *Anuario de Historia del Derecho español*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3802303>
- Coca Vila, I. (2022). El stealthing como delito de violación. Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre. *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal. Sección coordinada por Ramón Ragués i Vallès*, 4, 293-308.
- Collantes de Terán de la Hera, M. J. (2018). El sexo y la Inquisición. *ILCEA*, 33, 1-20. <https://doi.org/10.4000/ilcea.4986>
- Comas d'Argemir, M. (2022). Necesidad de una ley penal integral para combatir las violencias sexuales. *Boletín Comisión Penal. Monográfico Garantía integral de la libertad sexual*, I(12).
- Comité de los Derechos del Niño-ONU. (2009). *Observación General* (N.º 12). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- Company, A., Pajón, L., Romo, J., y Soria, M. A. (2015). Filicidio, infanticidio y neonaticidio: estudio descriptivo de la situación en España entre los años 2000-2010. *Criminalidad*, 57(3), 91-102.
- Conferencia Episcopal Española. (2022, 10 julio). *La Iglesia y la protección de menores*. Recuperado 13 de septiembre de 2022, de <https://www.conferenciaepiscopal.es/interesa/la-iglesia-y-la-proteccion-de-menores/>
- Confilegal. (2021, 6 septiembre). La Fiscalía registró en 2020 un aumento del 55% de casos de acoso sexual a menores en Internet. *Confilegal*. Recuperado 21 de octubre de 2022, de <https://confilegal.com/20210906-la-fiscalia-registro-en-2020-un-aumento-del-55-de-casos-de-acoso-sexual-a-menores-en-internet/>
- Congostrina, A. L. (2019, 8 julio). La violación por turnos en La Manada de Manresa. *El País*. Recuperado 2 de febrero de 2023, de https://elpais.com/sociedad/2019/07/06/actualidad/1562414668_092067.html

- Congreso de los Diputados. (1821, 1 noviembre). *Diario de Sesiones- Serie histórica. Legislatura 1821-22, Extraordinaria*, 38. Web del Congreso de los Diputados. Recuperado 24 de abril de 2020, de https://app.congreso.es/est_sesiones/
- Consejo de Estado- España. (2008). *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Consejo General del Poder Judicial. (2003, 26 marzo). *Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. CGPJ. <https://personasjuridicas.es/informe-cgpj-al-anteproyecto-de-lo-15-2003/>
- Consejo General del Poder Judicial- España. (2021). *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*. <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20210225%20Informe%20anteproyecto%20L.O.%20de%20Garant%C3%ADa%20Integral%20de%20la%20Libertad%20Sexual.pdf>
- Constatine, L. L., y Constantine, J. M. (1973). *Group Marriage: A Study of Contemporary Multilateral Marriage*. Macmillan Publishers.
- Contieri, E. (1959). *La congiunzione carnale violenta*. Ed. Giuffrè.
- Corcoy Bidasolo, M. (Director). (1990). *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Cornachione Larrínaga, M. A. (2006). *Psicología del desarrollo. Adultez*. Alianza Editorial.
- Coronado Ramírez, J. L. (2001). *¿Qué es la globalización?: Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Recensión a la obra de Ulrich Beck «Estado y Sociedad»*. Recuperado 23 de julio de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-73722001000100008

- Corrales Navarro, E. (2013, 13 febrero). El lenguaje no verbal: un proceso cognitivo superior indispensable para el ser humano. *Comunicación- Instituto Tecnológico de Costa Rica*.
<https://181.193.125.13/index.php/comunicacion/article/download/823/737>
- Corrêa Camargo, B., y Renzikowski, J. (2021). El concepto de «acto de naturaleza sexual» en el Derecho Penal. *InDret*, 145-165.
<https://doi.org/10.31009/indret.2021.i1.05>
- Cortés Díaz, L. M. (2011). Algunas consideraciones sobre el meeting a child following sexual grooming through TICs (contacto Tics preordenado a la actividad sexual con menores). *Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*.
<https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/116943/Cuaderno%20No%202.%20Contacto%20Tics%20Preordenado%20act.%20sexual%20con%20menores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Couso, J. (2009). La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho Penal. *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política- Universidad de Yale*.
<http://hdl.handle.net/20.500.13051/17573>
- Cowell, D. D. (2009). Asfixia autoerótica: ¿placer secreto?, ¿resultado letal? *Pediatrics* (Ed. Español), 5(68), 238-242. <https://www.elsevier.es/es-revista-pediatrics-10-pdf-X0210572109460719>
- Crespo, M. (2015, 29 mayo). Follamigos, poliamor y otras relaciones del mundo moderno. *ELMUNDO*.
<https://www.elmundo.es/enredados/2015/05/29/5565dfb3e2704eb3738b4587.html>
- Crow, B. A. (2000). *Radical Feminism: A Documentary Reader*. New York University Press.
- Cruz Blanca, M. J. (2002). Derecho Penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal. En L. Morillas Cueva (Ed.), *Estudios penales sobre violencia doméstica* (pp. 19-52). Edersa.

- Cucci, G., y Zollner, H. (2010). Enfrentarse a una cultura de la pedofilia. *Razón y fe*. <https://revistas.comillas.edu/index.php/razonyfe/article/view/10233>
- Cuello Calón, E. (1935). *Derecho Penal Parte General*. Bosch.
- Cuello Contreras, J. (1996). *El Derecho Penal español: curso de iniciación: parte general*. Civitas.
- Cuerda Arnau, M. L. (1997). Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 7, 216.
- Cuerda Arnau, M. L. (2017). Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-09.pdf>
- Cugat Mauri, M. (1993). La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación. *Jueces para la Democracia*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2526751.pdf>
- Cugat Mauri, M. (2010). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 192, Disposición Final Segunda). En F. J. Álvarez García y J. L. González Cussac (Coords.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (pp. 225-248). Tirant lo Blanch.
- Cugat Mauri, M. (2022a). Art. 183 bis. Las nuevas modalidades de abuso sin contacto entre autor y víctima. En E. Marín de Espinosa Ceballos, P. Esquinas Valverde (Dirs.), M. A. Morales Hernández (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 337-353). Aranzadi.
- Cugat Mauri, M. (2022b). Título VIII. Capítulo II. Artículo 182 CP: Vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza. autoridad o influencia sobre la víctima. En E. Marín de Espinosa Ceballos, P. Esquinas Valverde (Dirs.), M. A. Morales Hernández (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 227-247). Aranzadi.

- Cummings, M. E., Davies, P. T., y Campbell, S. B. (2020). *Developmental Psychopathology and Family Process: Theory, Research, and Clinical Implications (English Edition)* (1.a ed.). The Guilford Press.
- Dale, K. A., y Alpert, J. L. (2007). Hiding Behind the Cloth: Child Sexual Abuse and the Catholic Church. *Journal of Child Sexual Abuse*, 16(3), 59-74. https://doi.org/10.1300/j070v16n03_04
- Daniele, L. (2018, 13 febrero). Libro de Familia, 100 años de historia de la evolución del matrimonio. *Diario ABC*. https://www.abc.es/sociedad/abci-libro-familia-100-anos-historia-evolucion-matrimonio-201802132117_noticia.html
- Daunis Rodríguez, A. (2015). La nueva criminalización del proxenetismo. *Revista Penal*, 36, 105-121.
- Davidson, J. (2015). *Sexting: Gender and Teens*. SensePublishers.
- de Alencar-Rodriguez, R., y Cantera, L. (2012). Violencia de Género en la Pareja: Una Revisión Teórica. *PSICO*, 43(1), 116-126.
- De Echalecu y Canino, F. (1925). *Contestaciones al programa de psicología criminal. Con nociones de psiquiatría, sociología y política*. Dirección General de Policía.
- De Francis, V. (1969). *Protecting the child victim of sex crimes committed by adults. Final report*. The American Humane Association- Denver.
- De Graaf, H., y Rademakers, J. (2006). Sexual Development of Prepubertal Children. *Journal of Psychology y Human Sexuality*. https://doi.org/10.1300/J056v18n01_01
- de Graaf, N. M., Giovanardi, G., Zitz, C., y Carmichael, P. (2018). Sex Ratio in Children and Adolescents Referred to the Gender Identity Development Service in the UK (2009–2016). *Archives of Sexual Behavior*, 47(5), 1301-1304. <https://doi.org/10.1007/s10508-018-1204-9>
- de Hipona, A. (s. f.). *Confesiones de San Agustín de Hipona*. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/confesiones-0/html/ff7b6fd2-82b1-11df-acc7-002185ce6064_15.html#I_5_

- De Hoyos Sancho, M. (2010). Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 35.
- De la Calle Real, M., y Muñoz Algar, M. J. (2018). Hikikomori: el síndrome de aislamiento social juvenil. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352018000100115
- de la Mata Barranco, N. J. (2007). Los delitos vinculados a las tecnologías de la información y la comunicación en el Código Penal: panorámica general. En *Delito e informática: algunos aspectos* (pp. 41-84). Universidad de Deusto.
- de la Mata Barranco, N. J. (2019). Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-20.pdf>
- De la Mata Barranco, N. J. (2022, 14 octubre). *Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (II)*. Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/aspectos-penales-de-la-nueva-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual-ii>
- De la Rosa Cortina, J. M. (2011). *Los delitos de pornografía infantil*. Editorial Tirant lo Blanch.
- De la Rosa Cortina, J. M. (2015). Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013. En C. Villacampa Estiarte (Ed.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores* (pp. 303-342). Aranzadi.
- De la Torre Laso, J. (2020). ¿Por qué se Cometan Agresiones Sexuales en Grupo? Una Revisión de las Investigaciones y Propuestas Teóricas. *Anuario de Psicología Jurídica*, 30(1), 73-81. <https://doi.org/10.5093/apj2019a18>

- De Lamater, J. (1987). Gender differences in sexual scenarios. En K. Kelley (Ed.), *Females, Males, and Sexuality: Theories and Research* (pp. 127-140). State University of New York Press.
- De Luca, S., Navarro, F., y Cameriere, R. (2013). La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4531720>
- De Miguel Álvarez, A. (2015). La revolución sexual de los sesenta: una reflexión crítica de su deriva patriarcal. *Investigaciones Feministas*, 6(0). https://doi.org/10.5209/rev_infe.2015.v6.51377
- De Querol, R. (2013). *El posmacho desconcertado*. EL PAÍS Selección.
- De Vega, B. G. (2016, 17 septiembre). Christina H. Sommers: «La tercera ola del feminismo se construye con mentiras». *ELMUNDO*. Recuperado 15 de octubre de 2022, <https://www.elmundo.es/cronica/2016/09/17/57d79cb1268e3e94358b4638.html>
- De Vicente Martínez, R. (2004). *El principio de legalidad penal* (1.a ed.). Editorial Tirant Lo Blanch.
- Decaminada, F. (1995). *Maturità affettiva e psicosessuale nella scelta vocazionale*. Monti.
- Del Moral García, A. (1992). La conformidad en el Proceso Penal: reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español. *Revista Auctoritas Prudentium*, 1.
- Del Rosal Blasco, B. (1997). *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch.
- Del Rosal Blasco, B. (2009). ¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11(08). <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>
- Del Rosal Blasco, B. (2021). Las lesiones. En L. Morillas Cueva (Ed.), *Sistema de Derecho Penal Parte Especial* (4.a ed.). Dykinson.

- Denov, M. S. (2003, enero). To a safer place? Victims of sexual abuse by females and their disclosures to professionals. *Child Abuse and Neglect: The International Journal*. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0145213402005094>
- Derville, T. (2016, 7 agosto). Sexo y fidelidad. <https://www.religionenlibertad.com>. <https://www.religionenlibertad.com/opinion/51276/sexo-fidelidad.html>
- Desrosiers, J. (2012). *Sexual Assault in Canada* (E. A. Sheehy, Ed.). Amsterdam University Press.
- deYoung, M. (1989). The World According to NAMBLA: Accounting for Deviance. *The Journal of Sociology y Social Welfare*, 16(1), 111-126.
- Diamond, M. (2009). Pornography, public acceptance and sex related crime: A review. *International Journal of Law and Psychiatry*, 32(5), 304-314. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2009.06.004>
- Díaz, A. (2019). Los «invertidos»: homosexualidad(es) y género en el primer franquismo. *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 41, 333-353. <https://doi.org/10.5209/chco.66118>
- Díaz Morgado, C. (2015). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En M. Corcoy Bidasolo, S. Mir Puig, y J. S. Vera Sánchez (Coords.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Tirant lo Blanch.
- Díaz y García Conlledo, M. (2010). Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual? En M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig (Coords.), *Política criminal y reforma penal* (pp. 335-379). Edisofer.
- Díaz y García Conlledo, M. y Luzón Peña, D. M. (1991). *La autoría en Derecho Penal*. PPU.
- Díaz y García-Conlledo, M., y Luzón Peña, D. M. (1991). *La autoría en Derecho Penal*. PPU.
- Díaz y García-Conlledo, M., y Trapero Barreales, M. A. (2016). La «edad de consentimiento sexual» en la reforma del Código Penal de 2015. En S. Bacigalupo Saggese, B. J. Feijoó, y J. I. Echano Basaldua (Coords.), *Estudios de Derecho Penal* (pp. 871-894). Centro de Estudios Ramón Areces.

- Díez Ripollés, J. L. (1981). *El Derecho Penal ante el sexo*. Bosch.
- Díez Ripollés, J. L. (1982). *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Bosch.
- Díez Ripollés, J. L. (1985). *La protección de la libertad sexual* (1.a ed.). Bosch.
- Díez Ripollés, J. L. (1996, 28 noviembre). La corrupción de menores. *El País*.
- Díez Ripollés, J. L. (1997a). Comentario a los arts. 155-156 CP. En J. L. Díez Ripollés y L. Gracia Martín (Coords.), *Comentarios al Código Penal*. Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. L. (1997b). El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista. *Jueces para la democracia*, 30, 10-19.
- Díez Ripollés, J. L. (1997c, diciembre 12). La protección del integridad sexual. *Diario El País*.
- Díez Ripollés, J. L. (1998). Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. *Revista Penal*, 2, 17-22.
- Díez Ripollés, J. L. (2000). El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual. En *Delitos contra la libertad sexual* (pp. 217-259). Consejo General del Poder Judicial.
- Díez Ripollés, J. L. (2004). Comentarios al Título VIII. En J. L. Díez Ripollés y C. M. Romeo Casabona (Coords.), *Comentarios al Código Penal Parte Especial: Vol. II* (pp. 209-269). Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. L. (2011). *La categoría de la antijuridicidad en el Derecho Penal*. Editorial B de F.
- Díez Ripollés, J. L. (2016). *Derecho Penal Español. Parte General* (4.a Ed.). Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. L. (2019). Alegato contra un Derecho Penal sexual identitario. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>
- Díez Ripollés, J. L. (2020). Política criminal y Derecho Penal. En *Política Criminal y Derecho Penal (Estudios)* (3a Ampl., Vol. 2, pp. 1005-1028). Tirant lo Blanch.

- Dinnin Huff, A. (2011). Buying the Girlfriend Experience: An Exploration of the Consumption Experiences of Male Customers of Escorts. *Research in Consumer Behavior*, 111-126. [https://doi.org/10.1108/s0885-2111\(2011\)0000013010](https://doi.org/10.1108/s0885-2111(2011)0000013010)
- Donati, P. (1988). *Introduzione alla sociologia relazionale*.
- Doval País, A. (1994). Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios. En *Intereses difusos y Derecho Penal- Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ.
- Dover, K. J. (2008). *Homosexualidad griega*. Elcobre Ediciones.
- Dreyer, E. (2021). *Droit pénal général*. Lexis Nexis.
- Duby, G., y Perrot, M. (2018). *Del Renacimiento a la Edad Moderna (Historia de las mujeres 3)*. Penguin Random House.
- Echevarri: "Se pisoteó la presunción de inocencia y la protección de las víctimas" (A. González de Aledo). (2019, 5 mayo). *Diario de Sevilla*. https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/entrevistas/pisoteo-presuncion-inocencia-proteccion-victimas_0_1351665054.html
- Echols, A. (1989). *Daring to be Bad: Radical Feminism in America, 1967-1975*. Amsterdam University Press.
- Efrati, Y. (2019, diciembre). Normal Versus Abnormal Sexual Behavior in Adolescents. *Psychiatric Times*. <https://www.psychiatrictimes.com/view/normal-versus-abnormal-sexual-behavior-adolescents>
- Ehrhart, J. K., y Sandler, B. R. (1986). Party rape. *Response to the Victimization of Women y Children*, 1(9), 2-5.
- Ellis, H. (1913). *Analysis of the sexual impulse, love and pain, the sexual impulse in women*. FA Davis.
- Equis- Justicia para las Mujeres. (2017). *Metodología para el Análisis de las decisiones jurisdiccionales desde la Perspectiva de Género*.
- Escobar Jiménez, R. (2018). Comentario al art. 183 quater. En A. Del Moral García (Ed.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia* (pp. 1066-1067). Comares.

- Escudero García-Calderón, B. (2014). *El consentimiento en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch.
- Escudero López, J. A. (1976). *La inquisición española*. Actas de la II Jornada de Historia de Llerena.
- Espinar Ruiz, E., y López Fernández, C. (2009). Jóvenes y adolescentes ante las nuevas tecnologías: percepción de riesgos. *Athenea Digital*, 16, 1-20.
- Esquerra Republicana de Catalunya. (2019). *Programa eleccions generals 2019*. https://www.esquerra.cat/arxiu/programes/e2019-2_programa.pdf
- Esquinas Valverde, P. (2022). Delitos de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP). En E. Marín de Espinosa Ceballos, P. Esquinas Valverde (Dirs.), M. A. Morales Hernández (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 141-225). Aranzadi.
- *Exposición de Motivos de la Proposición no de Ley presentada por el PP con el fin de introducir reformas en el CP en relación con los delitos de abusos sexuales a menores*. (2008). Boletín Oficial de las Cortes Generales.
- Eysenck, H. J. (1977). Personalidad y sexo en grupo: un estudio empírico. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 9(1), 21-28.
- Faraldo Cabana, P. (2003). El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. *Actualidad Penal*, 2, 635-652.
- Faraldo Cabana, P. (2006). Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre , sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. *Revista Penal*, 72-94. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12271/Razones.pdf?sequence=2>
- Faraldo Cabana, P. (2020). La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 22, 381-420. <https://doi.org/10.5944/rdpc.22.2019.26493>
- Fernández Albor, A. (1982). Delincuencia sexual, reforma penal y despenalización.

Estudios Penales y Criminológicos.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104225yorden=377246yinfo=link>

- Fernández Bermejo, D., y Martínez Atienza, G. (2018). *Ciberseguridad, Ciberespacio y Ciberdelincuencia (Papel + e-book)* (1.a ed.). Aranzadi.
- Fernández Collado, Á. (2007). La Inquisición española. En *Historia de la Iglesia en España. Edad Moderna* (pp. 72-80). Instituto Teológico San Ildefonso.
- Fernández Segado, F. (2004). La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz. *Revista de Estudios Políticos*, 124, 29-54.
- Fernández Teruelo, J. (2002, julio). La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de internet: cuestiones claves. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 20, 262-y ss.
- Fernández Teruelo, J. G. (2022). Análisis interpretativo y evolución legislativa del tipo pena de pornografía infantil (art. 189 CP). En E. Marín de Espinosa Ceballos, P. Esquinas Valverde (Dirs.), M. A. Morales Hernández (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 683-715). Aranzadi.
- Ferrajoli, L. (2018). *Derecho y Razón : Teoría del garantismo penal*. Ed.Trotta.
- Ferré Olivé, J. C. (2009). *Universidad y Guerra Civil*. Universidad de Huelva.
- Ferré Olivé, J. C. (2014). Trabajo sexual y trata de seres humanos a la luz del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. *Revista General de Derecho Penal*, 22. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8ynumero=22
- Ferreres Comella, V. (2002). *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*. Civitas.
- Ferrini, C. (2017). *Derecho Penal romano*. Marcial Pons.
- Finkelhor, D. (1979). What's wrong with sex between adults and children?. Ethics and the problem of sexual abuse. *American Journal of Orthopsychiatry*, 49, 692-697.
- Fiscalía General del Estado (España). (2015). *Sobre criterios de aplicación del art. 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo* (Dictamen 2/2015). <https://www.fiscal.es/documents/20142/157164/DICTAMEN+2->

- 2015%2C+sobre+criterios+de+adaptaci%C3%B3n+del+art.+10+de+la+LORPM%2C+en+delitos+contra+la+libertad+sexual%2C+tras+las+reformas+del+CP+por+LO+5.2010%2C+de+22+de+junio%2C+y+LO+1.2015%2C+de+30+de+marzo/d00f1227-993fe37e-1b77-93ab2725aec8?version=1.1yt=1532511438654ypreviewFileIndex=
- Fiscalía General del Estado (España). (2017). *Circular* (N.º 1/2017). Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf
 - Fiscalía General del Estado Español. (2019). *Memoria de Fiscalía General del Estado*. https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2019/09/10/_memoria2019_76609dd4.pdf
 - Fischer, T. (2018). *Strafgesetzbuch* (65. Auf.). C.H.Beck.
 - Fitzpatrick-Hanly, M. A. (Ed.). (1995). *Essential papers of Masochism*. New York University Press.
 - Fleischhauer, J., Müller, A., y Pfister, R. (2013, 13 mayo). Past pedophile links haunt german green party. *DER SPIEGEL, Hamburg, Germany*. <https://www.spiegel.de/international/germany/past-pedophile-links-haunt-german-green-party-a-899544.html>
 - Forde, P., y Patterson, A. (1998). Paedophile Internet Activity. *Trends y Issues in Crime and Criminal Justice*. <https://web.archive.org/web/20110314231321/http://www.aic.gov.au/documents/8/D/C/%7B8DC57715-E250-43B1-91BD-D04752499CA8%7Dt97.pdf>
 - Forde, P., Patterson, A., y Australian Institute of Criminology. (1998). *Paedophile Internet Activity*. Australian Institute of Criminology.
 - Foucault, M. (1990). La evolución de la noción del individuo peligroso en la psiquiatría legal. En *La vida de los hombres infames*. La Piqueta.
 - Foucault, M., Hocquenghem, G., y Danet, J. (1979, abril). La loi de la pudeur. *Recherches*, 37, 69-82.
 - Fraisse, G. (2011). *Del consentimiento* (1.a ed.). Palinodia.

- Franzheim, H. (1962). Zur strafrechtlichen Relevanz von Individual-und Sozialethik
Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Tatbestandes der Kuppelei. *Goltdammer's
Archiv für Strafrecht*.
- Frawley-O'Dea, M. G. (2004). The History and Consequences of the Sexual-Abuse
Crisis in the Catholic Church. *Studies in Gender and Sexuality*, 5(1), 11-30.
<https://doi.org/10.1080/15240650509349238>
- Friedan, B. (1965). *La mística de la feminidad*. Sagitario.
- Frisch, W. (1983). *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmassigen Verhaltens
und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher
Möglichkeitsvorstellungen*. Carl Heymanns Verlag.
- Fuertes Rocañín, J. C., y Cabrera Forneiro, J. (2007). *La Salud mental en los tribunales*
(2.a ed.). Arán.
- Fuertes-Iglesias, C. (2022). Libertad sexual y salud reproductiva en los supuestos de
vulnerabilidad por razón de discapacidad intelectual y/o trastornos psíquicos: un
comentario a propósito de la Ley Orgánica 2/2020. En J. Martin Ostos (Dir.) y B.
Martín Ríos (Coord.), *Derecho y Colectivos Vulnerables* (pp. 71-83). Astigi.
- Gabrielli, O. A. (2019). Pornografía infantil: Escala de Tanner, ¿utilidad o ficción?
Gaceta Internacional de Ciencias Forenses, 30, 28-33.
- Gacto Fernández, E. (1987). El delito de bigamia y la Inquisición española. *Anuario
de historia del derecho español*, 57, 465-492.
- Galbraith, P. W. (2011). Lolicon: The reality of 'virtual child pornography' in Japan.
Image y Narrative, 1(12), 83-119.
https://www.academia.edu/download/31356871/Galbraith_Lolicon.pdf
- Gamble, S. (Ed.). (2001). *The Routledge Companion to Feminism and Postfeminism* (2a
Ed.). Routledge.
- García Albero, R. M. (2015). Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones
sobre el objeto material del delito. En C. Villacampa Estiarte y T. Aguado Correa
(Coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del*

Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección (pp. 281-302). Aranzadi.

- García Álvarez, F. J. (2023). Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, 1-28. <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-r3.pdf>

- García Álvarez, P. (2014). Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de Septiembre de 2013, por el que se modificaría la 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-13, 13:1-13:38. <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-13.pdf>

- García Álvarez, P. (2015). La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código Penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013. En F. Muñoz Conde (Dir.), J. Del Carpio Delgado, y A. Galán Muñoz (Coords.), *Análisis de las reformas penales: Presente y futuro* (pp. 141-190). Tirant lo Blanch.

- García Arán, M. (2023, 1 febrero). Consentimiento y libertad sexual. *El País*.

- García Bueno, J. (2023, 12 enero). La Manada de Castelldefels, tras la presunta agresión a una víctima: «Ahora descansa y no digas nada». *El País*. <https://elpais.com/sociedad/2023-01-12/la-manada-de-castelldefels-tras-la-presunta-agresion-a-una-victima-ahora-descansa-y-no-digas-nada.html>

- García García, R. (1999). El primer Código Penal español de 1822 y su regulación de la religión católica. *Derecho y Opinión: Revista del Departamento de Disciplinas Histórico-Jurídicas y Económico Sociales. Universidad de Córdoba (España)*, 7, 343-364. <https://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/7139>

- García Morillo, J. (1995). *El derecho a la libertad personal: Detención, privación y restricción de libertad*. Tirant lo Blanch.

- García Noguera, I. (2014). Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE. *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)- UOC*, 19. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5582977.pdf>

- García Pérez, O. (1999). Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil. *Revista de Derecho Penal y Criminología- UNED*, 3, 33-76.
- García Rivas, N., y Tarancón Gómez, P. (2021). Lección 17a. Agresión y abusos sexuales. En F. J. Álvarez García (Dir.) y A. Ventura Püschel (Coord.), *Tratado de Derecho Penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas* (3.a Ed., pp. 1117-1204). Tirant lo Blanch.
- Garcia, S. E. (2017, 21 octubre). The Woman Who Created #MeToo Long Before Hashtags. *The New York Times*. Recuperado 8 de septiembre de 2022, de <https://www.nytimes.com/2017/10/20/us/me-too-movement-tarana-burke.html>
- García Valdés, C. (1982). *Estudios de derecho penitenciario*. Tecnos.
- García Valdés, C. (2003). Acerca del delito de pornografía infantil. En *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón* (pp. 411-430). Tirant lo Blanch.
- García Vega, E., Menéndez Robledo, E., Fernández García, P., y Cuesta Izquierdo, M. (2012). Sexualidad, Anticoncepción y Conducta Sexual de Riesgo en Adolescentes. *International Journal of Psychological Research*. <https://www.redalyc.org/pdf/2990/299023539010.pdf>
- Garitaonandia, C., Karrera-Xuarros, I., Jiménez-Iglesias, E., y Larrañaga, N. (2020). Menores conectados y riesgos online: contenidos inadecuados, uso inapropiado de la información y uso excesivo de internet. *El profesional de la información*. <https://doi.org/10.3145/epi.2020.jul.36>
- Garmendia, M., Garitaonandia, C., Martínez, G., y Casado, M. A. (2012). Los menores en internet. Usos y seguridad desde una perspectiva europea. *Quaderns del CAC*, 15(38), 37-44. https://www.cac.cat/sites/default/files/migrate/quaderns_cac/Q38_ES.pdf#page=39
- Garrido Genovés, V., y Gómez Piñana, A. M. (1998). *Diccionario de Criminología*. Gedisa.
- Garrido Genovés, V. J., y Beneyto Arrojo, M. J. (1996). *El control de la agresión sexual*. Serrano Villalba.

- Garrido Rodríguez, C. (2021). Repensando las olas del feminismo. Una aproximación teórica a la metáfora de las olas. *Investigaciones Feministas*, 12(2), 483-492. <https://doi.org/10.5209/infe.68654>
- Garry, A. (1978). Pornography and respect for women. *Social Theory and Practice*, 4(4), 395-421.
- Gatti, U. (1988). Il minore vittima di violenza sessuale. En G. Canepa y M. Lagazzi (Eds.), *I Delitti Sessuali*. CEDAM.
- Gerke, J., Lipke, K., Fegert, J. M., y Rassenhofer, M. (2021, 1 julio). Mothers as perpetrators and bystanders of child sexual abuse. *Child and Abuse Neglect: The International Journal*.
<https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0145213421001411>
- Gibling, H. (2016). Feminism, Poststructural. *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*, 1-5.
<https://doi.org/10.1002/9781118663219.wbegss334>
- Giddens, A. (1996). *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*. Anthropos Editorial.
- Giddens, A. (2004). *La transformación de la intimidad*. Cátedra.
- Gil Gil, A. (2002). Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal. En J. L. Díez Ripollés, C. M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín, y J. F. Higuera Guimerá (Coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir* (pp. 9-36). Tecnos.
- Gilligan, C. (1982). *In a different voice: Psychological theory and women's development*. Harvard University Press.
- Gimbernat Ordeig, E. (1969, marzo). Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 22, 489-510.
- Gimbernat Ordeig, E. (2004). Prologo a la décima edición. En E. Gimbernat Ordeig y E. Mestre Delgado. *Código Penal* (10a Ed.). Tecnos.

- Gimbernat Ordeig, E. (2020, 25 abril). Solo si es sí. *El Mundo*.
https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551ypopup=
- Gimbernat Ordeig, E. (2022). Prologo a la tercera edición de 1997. En E. Gimbernat Ordeig y E. Mestre Delgado, *Código Penal* (30a Ed.). Tecnos.
- Gisbert Calabuig, J. A., y Villanueva Cañadas, E. (2019). *Medicina Legal y Toxicológica* (7.a ed.). Elsevier.
- Gobierno de España. (2021, junio). *Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*. Recuperado 24 de agosto de 2021, de <https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2021/07/APL-Igualdad-Trans-LGTBI-v4-def.pdf?x67300yx32658>
- Gobierno de España. (2022). *Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI* (Serie A-113/1). Boletín Oficial de las Cortes Generales. Recuperado 14 de noviembre de 2022, de https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-113-1.PDF
- Goenaga Olaizola, R. (1997, octubre). Delitos contra la libertad sexual. *Eguzkilore*, 10, 95-120.
- Goldberg, E. (2001). *Executive Brain: frontal lobes and the civilized mind*. Oxford University Press.
- Goldman, A. (1980). Plain sex. En A. Soble (Ed.), *The philosophy of the sex: contemporary readings* (pp. 119-138). RowmanyLittlefield.
- Gómez Cardoso, A. L., De Varona Nebot, C., y Núñez Rodríguez, O. L. (2019). El retardo en el desarrollo psíquico. Antecedentes y actualidad. *EFDeportes.com, Revista Digital*. <https://www.efdeportes.com/efd191/el-retardo-en-el-desarrollo-psiquico.htm>
- Gómez de Maya, J. (2013). El codificador ante el crimen nefando. *Anuario de historia del derecho español*, 83, 139-184.

- Gómez de Maya, J. (2013, enero). El codificador ante el crimen nefando. *Anuario de historia del derecho español*.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4546990>
- Gómez Espelosín, F. J. (2001). *Historia de Grecia antigua*. Ediciones Akal.
- Gómez Martín, V. (1996). *Los delitos especiales*. Edisofer.
- Gómez Martín, V. (2017). La prescripción de los delitos con menores de edad: Análisis del problema y propuesta de lege ferenda. En *Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada*. Generalitat de Catalunya. Recuperado 12 de septiembre de 2022, de
<https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2017/prescripcionDelitosMenores.pdf>
- Gómez Menchón, S. (2021). *Sexualidad y discapacidad: talleres prácticos*. Penguin Random House.
- Gómez Navajas, J. (2023). Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja. En P. García Álvarez, V. Caruso Fontán (Dirs.), M. Rodríguez Ramos (Coord.), *La perspectiva de género en la ley del «solo sí es sí»* (pp. 173-199). Colex.
- Gómez Pavón, P. (1995). El delito de violación. Algunas cuestiones. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 297-334.
- Gómez Rivero, C. (2006). ¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano? *Revista General de Derecho Penal*, 18, 102-123.
- Gómez Rivero, M. C. (2003). *La responsabilidad penal del médico* (1a). Tirant lo Blanch.
- Gómez Rivero, M. C. (2006). Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano. *Revista penal*, 18, 102-123. <https://doi.org/10.1234/rp.v18i18.286>
- Gómez Tomillo, M. (2005). Derecho Penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político crimina. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 7. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1215757yorden=43355yinfo=link>
- Gómez Tomillo, M. (2010). *Comentarios al Código Penal* (1a). Lex Nova.

- Gómez Tomillo, M. (2015). Artículo 183 quater. En M. Gómez Tomillo (Ed.), *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II. Delitos contra las personas* (pp. 539-546). Aranzadi.
- Gómez-Tagle López, E., y Juárez Ríos, E. (2014). Criminología sexual. *Revista Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 8(34), 141-165.
- González Agudelo, G. (2021). *La Sexualidad de los Jóvenes: Criminalización y Consentimiento*. Tirant lo Blanch.
- González Collantes, T. (2020, 31 mayo). Las penas de encierro perpetuo desde una perspectiva histórica. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*. Recuperado 5 de octubre de 2022, de <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/51783>
- González Guerra, C. M. (2015). *Delitos Contra La Libertad Sexual. Delimitación de la intimidación como medio coactivo* (J. C. Faría, Ed.). Ed. BdeF.
- González Rus, J. J. (1982). *La violación en el Código Penal español*. Universidad de Granada. Colección de Estudios Penales.
- González Tascón, M. M. (2020). Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-10.pdf>
- González Tascón, M. M. (2022). El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros. En *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección* (pp. 97-142). Tirant lo Blanch.
- González Tascón, M.M. (2023). Una vuelta alrededor del bien jurídico protegido en el Título VIII del Libro II del Código Penal rubricado “Delitos contra la libertad sexual”. En P. García Álvarez, V. Caruso Fontán (Dirs.), M. Rodríguez Ramos (Coord.), *La perspectiva de género en la ley del «solo sí es sí»* (pp. 57-94). Colex.

- González-Pereira, S., Martínez-Catena, A., y Pozuelo, F. (2020). Actualidad y futuro del tratamiento y la reinserción social de los delincuentes sexuales. *Cuadernos de Política Criminal*, 285-305.
- Górriz Royo, E. (2016). "On-line child grooming" en Derecho Penal español. *INDRET*, 3, 1-47.
- Gosálbez, P. M. I., Cristoffanini, T. M., Carrasco, A. P., Hernández, A. C. M., Baro, A. N., Lozano, A. F., Doncel, B. E., Eraso, B. Á., Moreno, B. F., Fiol, B. E., Comas-D'Argemir, D., Plana, D. M., Pérez, V. F. A., Esteve, Q. L., y Aparici, Z. E. (2021). *La violencia contra las mujeres desde las ciencias sociales: Análisis crítico y propuestas para su comprensión* (edición). Tecnos.
- Gössel, K. H. (2014, 17 abril). Réplica al Derecho Penal del Enemigo: Sobre personas, individuos y personas del Derecho. *Lex*. <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/26>
- Gracia Martín, L. (1990). *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*. Trivium.
- Greco, R. (2011). *Curso de direito penal* (13a). Impetus.
- Greenberger, E., y Sorensen, A. B. (1974). Toward a concept of psychosocial maturity. *Journal of Youth and Adolescence*, 258-329.
- Greenfield, E. A. (2010). Child abuse as a life-course social determinant of adult health. *Maturitas*, 66(1), 51-55. <https://doi.org/10.1016/j.maturitas.2010.02.002>
- Griffin, S. E. (1976). *Psychological maturity in adults: A factorial analysis and a theoretical model* [Tesis Doctoral no publicada]. The Pennsylvania State University.
- Gruber, A. (2016). Consent confusion. *Cardozo Law Review*, 415. <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/11>
- Grupo Parlamentario Ciudadanos. (2020). *Proposición de Ley Orgánica de igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales* (N.º 122/000104). Boletín Oficial de las Cortes Generales.

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-132-1.PDF

- Grupo Parlamentario Socialista. (2022). Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para prohibir el proxenetismo en todas sus formas. En *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Serie B, 250-1).

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-250-1.PDF

- Grupos Parlamentarios Republicano y Plural. (2021). *Proposición de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans* (N.º 122/000133). Boletín Oficial de las Cortes Generales.

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-156-1.PDF

- Guallart de Viala, A. (1977). *El Derecho Penal histórico de Aragón*. Diputación Provincial de Zaragoza. Institución Fernando el Católico.

- Güemes-Hidalgo, M., Ceñal González-Fierro, M. J., y Hidalgo Vicario, M. I. (2017). Desarrollo durante la adolescencia. Aspectos físicos, psicológicos y sociales. *Pediatría Integral*, 4(21), 233-244.

- Gutiérrez David, M. E. (2004). *Pornografía infantil en Internet. Exégesis del art. 189 con relación al 30 del CP de 1995*. Delitosinformáticos.com. <https://www.delitosinformaticos.com/delitos/pornografiainfantil.shtml>

- Gutiérrez Sanz, M. R. (2019). *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal: ante la Policía y ante el Ministerio Fiscal* (A. Bonet Navarro, Trad.). Tirant lo Blanch.

- Haensgen, A. (2021). *Feminismo. El secuestro de una causa justa*. El Líbero.

- Hales, R. E., y Yudofsky, S. C. (2005). *Tratado de Psiquiatría Clínica* (4ª (reimpresión)). Masson.

- Halpern-Felsher, B. L., Cornell, J. L., Kropp, R. Y., y Tschann, J. M. (2005). Oral Versus Vaginal Sex Among Adolescents: Perceptions, Attitudes, and Behavior. *Pediatrics*, 115(4), 845-851. <https://doi.org/10.1542/peds.2004-2108>
- Hampton, K. N., Sessions, L. F., Her, E. J., y Rainie, L. (2009). Social Isolation and New Technology: How the internet and mobile phones impact Americans' social networks. *Pew Internet y American Life Project*, 4. <https://www.issuelab.org/resources/11152/11152.pdf>
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Bosch.
- Hassemer, W. (1989, abril). Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*, 281-y ss.
- Heath, D. D. (1977). *Maturity and competence: A transcultural view*. Gardner Press.
- Hefendehl, R. (2007). De largo aliento. El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. En *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 459-476). Marcial Pons.
- Heineccius, J. G. (1850). *Elementos de Derecho Romano*. Librería de Garnier Hermanos.
- Hekma, G., y Giami, A. (2014). Sexual Revolutions: An Introduction. En G. Hekma y A. Giami (Eds.), *Sexual Revolutions. Genders and Sexualities in History* (pp. 1-24). Palgrave MacMillan.
- Hennelly, S. (2010). Public Space, Public Morality: The Media Construction of Sex in Public Places. *Liverpool Law Review*, 31(1), 69-91. <https://doi.org/10.1007/s10991-010-9073-x>
- Hernández García, J., y Ramírez Ortiz, J. L. (2015). Las consecuencias procesales de la reforma. En G. Quintero Olivares (Ed.), *Comentario a la reforma penal del 2015*. Aranzadi.
- Hernández Gil, F. (1999). La transexualidad. En *Libro homenaje a Jesús López Medel* (pp. 2363-2398). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

- Hernández Gómez, I. (2011). Prisión provisional y garantías. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 16-17, 39-82.
https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/12228/1/0233586_00016_0003.pdf
- Hernández Palencia, J. U. (2016). El consentimiento. En C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, y M. A. Boldova Pasamar (Coords.), *Derecho Penal Parte Especial* (2.a ed., pp. 254-256). Comares.
- Hernández Plasencia, J. U. (1996). *La autoría mediata en Derecho Penal*. Comares.
- Herning, L. P., y Illgner, J. (2016). „Ja heißt Ja" - konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 49(3), 77-80.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5499875>
- Herrera, C. (2021). *El contrato amoroso: herramientas para mujeres que negocian en la pareja*. Catarata.
- Herzog, F. (1991). *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsberich*. Decker.
- Higuera Guimerá, J. F. (2003). *Derecho Penal juvenil*. Bosch.
- Hoaken, P. N. S., Allaby, D. B., y Earle, J. (2007). Executive cognitive functioning and the recognition of facial expressions of emotion in incarcerated violent offenders, non-violent offenders, and controls. *Aggressive Behavior*, 33(5), 412-421.
- Hodgkin, R., y Newell, P. (2007). *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (3a Ed.). UNICEF.
- Hörnle, T. (2015). Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 162(6), 313-328.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5134333>
- Hörnle, T. (2016). The New German Law on Sexual Offenses. *Social Science Research Network*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2999677>
- Hornor, G. (2004). Sexual behavior in children. *Journal of Pediatric Health Care*, 18(2), 57-64. [https://doi.org/10.1016/s0891-5245\(03\)00154-8](https://doi.org/10.1016/s0891-5245(03)00154-8)

- Horvath, M. A. H., y Kelly, L. (2009). Multiple perpetrator rape: Naming an offence and initial research findings. *Journal of Sexual Aggression*, 15(1), 83-96.
<https://doi.org/10.1080/13552600802653818>
- Hossain, S., y Welchman, L. (2005). «Honour». Adfo Books.
- Huard de la Marre, G. (2014). *Los Antisociales. Historia De La Homosexualidad En Barcelona Y Paris, 1945-1975 (Estudios)*. Marcial Pons.
- Ienca, M., y Adorno, R. (2017). Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. *Life Sciences, Society and Policy*, 13(5).
- Iglesias, J. (2008). *Derecho Romano* (17a). Ariel.
- Ikkyon, K. (2013, 1 mayo). ¿Por qué hay “hoteles del amor” en Japón? *Nippon.com*.
<https://www.nippon.com/es/views/b02701/>
- Instituto Nacional de Estadística. (s. f.). *Delitos sexuales: sexo*. INE. Recuperado 12 de noviembre de 2020, de <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=28750#!tabs-tabla>
- Instituto Nacional de Estadística. *Mujeres en el Congreso de los Diputados y en el Senado*. (s. f.). Recuperado 2 de abril de 2023, de https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ESyc=INESeccion_Cycid=1259925595398yp=%5Cypagename=ProductosYServicios%2FPYSLayoutyparam1=PYSDetalleyparam3=1259924822888
- Iñesta Pastor, E. (2011). *El Código Penal Español de 1848*. Tirant lo Blanch.
- Iñigo Corroza, E. (2022). El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXV, 172-203.
- Jäger, H. (1957). *Strafgesetzbung und Rechtsgüterschutz bei Sittichkeitsdelikten*. Enke Verlag.
- Jakobs, G. (1985). Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 751-785.
- Jakobs, G. (1996). Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En *Fundamentos del Derecho Penal*. Ad Hoc.

- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación* (J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Trads.; 2.a ed.). Marcial Pons.
- Jakobs, G., y Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo* (1.a ed.). Civitas.
- Jeffreys, S. (2011). Kate Millett's Sexual Politics: 40years on. *Women's Studies International Forum*, 34(1), 76-84. <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2010.07.006>
- Jenkins, P. (1992). *Intimate Enemies: Moral Panics in Contemporary Great Britain: Social Problems and Social Issues*. Routledge.
- Jericó Ojer, L. (2019). Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho Penal. En A. Monge Fernández (Dir.) y J. Parrilla Vergara (Coord.). *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (pp. 285-337). Bosch.
- Jericó Ojer, L. (2020). Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, por Juezas y Jueces para la Democracia*, 11, 15-25.
- Jescheck, H. H. (1954). Zur Frage der Kuppelei gegenüber Verlobten. *MDR*, 8, 645-649.
- Jescheck, H. H., y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal: Parte general* (M. Olmedo Cardenete, Trad.; 5a Ed.). Alianza Editorial.
- Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal: Vol. I* (4a Ed.). Losada.
- Jiménez Hidalgo, A. (2018). *Juzgar con perspectiva de género en la Jurisdicción de lo Social. ¿Es necesaria una reforma legislativa?*
- Johannsen, W. (1909). *Elemente der exakten erblichkeitslehre. Deutsche wesentlich erweiterte ausgabe in fünfundzwanzig vorlesungen*. (Digitalizado por Biodiversity Heritage Library). <https://doi.org/10.5962/bhl.title.1060>
- Johnson, K. (2012). Transgender, Transsexualism, and the Queering of Gender Identities: Debates for Feminist Research. En S. N. Hesse-Biber (Ed.), *Handbook of Feminist Research: Theory and Praxis* (pp. 606-626). SAGE Publications.

- Johnson, P. (2007). Ordinary Folk and Cottaging: Law, Morality, and Public Sex. *Journal of Law and Society*, 34(4), 520-543. https://www.jstor.org/stable/20109765#metadata_info_tab_contents
- Jorge Barreiro, A. (1976). *Las medidas de seguridad en el derecho español: Un estudio de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970, y de la doctrina de la Sala de Apelación de peligrosidad*. Civitas.
- Jozifkova, E. (2013). Consensual Sadomasochistic Sex (BDSM): The Roots, the Risks, and the Distinctions Between BDSM and Violence. *Current Psychiatry Reports*, 15(9). <https://doi.org/10.1007/s11920-013-0392-1>
- Judel Prieto, A., y Piñol Rodríguez, J. R. (2018). *Manual de Derecho Penal II Parte Especial* (C. Suárez-Mira Rodríguez, Ed.; 7a). Civitas.
- *Just a moment.* . . (s. f.). Recuperado 15 de octubre de 2022, de <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-7660.1993.tb00492.x>
- Kamen, H. (1985). *La inquisición española* (G. Zayas, Trad.). Critica.
- Katz, J. E., y Rice, R. E. (2005). *Consecuencias sociales del uso de Internet*. Universitat Oberta de Catalunya.
- Kaufmann, A. (1968). *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*. Bamann.
- Kauppi, A., Kumpulainen, K., Karloka, K., Vanamo, T., y Merikanto, J. (2010). Maternal and paternal filicides: A retrospective review of filicides in Finland. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 38(2), 229-238.
- Keasler, M., Slemmons, R., y Kirino, N. (2006). *Love Hotels*. Adfo Books.
- Kessler, R. C., McLaughlin, K. A., y Green, J. G. (2010). Childhood adversities and adult psychopathology in the WHO World Mental Health Surveys. *British Journal of Psychiatry*, 197(5), 378-385. <https://doi.org/10.1192/bjp.bp.110.080499>
- Khosrow-Pour, M. (2020). *Encyclopedia of Criminal Activities and the Deep Web*. IGI Global.
- Kierkegaard, S. (2008). Online child protection Cybering, online grooming and ageplay. *Computer Law y Security Report*, 24, 44-55.

- Kindhauser, U., Neumann, U., y Paeffgen, H. (2017). *Strafgesetzbuch* (5. Auf.). Nomos Verlagsgesellschaft.
- Klecha, S. (2016). Weiterführung des Diskurses. *Die Grünen zwischen Empathie und Distanz in der Pädosexualitätsfrage*, 129-167. https://doi.org/10.1007/978-3-658-07581-1_3
- Klug, U. (1961). Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem. En *Festschrift für Eberhard Schmidt*. Vandenhoeck y Ruprecht.
- Kowalski, R. M. (1992). Nonverbal Behaviors and Perceptions of Sexual Intentions: Effects of Sexual Connotativeness, Verbal response, and Rape Outcome. *Basic and Applied Social Psychology*, 13(4), 427-445.
- Köhl, K. (1996). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (1.a ed.). Vahlen.
- Kunert, K. H. (1958). *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*. De Gruyter.
- Kutchinsky, B. (1991). Pornography and rape: Theory and practice? *International Journal of Law and Psychiatry*, 14(1-2), 47-64. [https://doi.org/10.1016/0160-2527\(91\)90024-h](https://doi.org/10.1016/0160-2527(91)90024-h)
- La Parra López, E. (1984). *La Libertad de Prensa en Las Cortes de Cádiz*. Nau Llibres.
- Lacey, N. (1993). Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy. *Journal of Law and Society*, 20(1), 93. <https://doi.org/10.2307/1410114>
- Lacey, N. (1997). Unspeakable subjects, impossible rights: Sexuality, integrity and criminal law. *Women: A Cultural Review*, 8(2), 143-157. <https://doi.org/10.1080/09574049708578305>
- Lackner, K., y Köhl, K. (2014). *Strafgesetzbuch* (29. Aufl.). C.H.Beck.
- Lacruz Berdejo, J. L. (2005). *Elementos de Derecho Civil: Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito. II. V.2* (3a Ed.). Dykinson.
- Lamas, M. (2016). Feminismo y prostitución: la persistencia de una amarga disputa. *Debate Feminista*, 51, 18-35. <https://doi.org/10.1016/j.df.2016.04.001>
- Lameiras Fernández, M., Carrera Fernández, M. V., Rodríguez Castro, Y., y Alonso Álvarez, A. (2014). Aproximación psicológica a la problemática de los abusos sexuales

en la infancia. En M. Lameira Fernández y E. Orts Berenguer (Coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial* (pp. 39-67). Tirant lo Blanch.

- Landrove Díaz, G. (1984). Prisión preventiva y penas privativas de libertad. *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, 282-305. <http://hdl.handle.net/10347/4311>

- Lanning, K. V. (2005). Compliant Child Victims: Confronting an Uncomfortable Reality. En E. Quayle y M. Taylor (Eds.), *Viewing Child Pornography on the Internet*. Russell House Publishing. http://www.foothillscac.org/uploads/9/9/2/1/9921414/compliant_chap_4_handout_lanning.pdf

- Larrauri, E. (2008). *Mujeres y sistema penal*. B de F.

- Lasarte, C., y Leonseguí Guillot, R. A. (2022). *Curso De Derecho Civil Patrimonial* (27a Ed.).

- Lascuráin Sánchez, J. A. (2018). Las huellas de «La Manada». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 77, 16-21.

- Lascuráin Sánchez, J. A. (2022, 9 marzo). *Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve*. Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>

- Lascuráin Sánchez, J. A., y Gascón Inchausti, F. (2018). ¿Por qué se conforman los inocentes? *InDret*, 3. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/252111>

- Laski, H. (1930). *Liberty in the Modern State (works of Harold J.Laski)* (Reimpresión año 2015). <https://books.google.es/books?id=aQwcBQAAQBAJypg=PA100ydq=laski+obscenit+yyhl=esysa=Xyved=0ahUKEwinupHE8efoAhVgDGMBHfTXALoQ6AEILTAA#v=onepageq=laski%20obscenityf=false>

- Laudano, C. N. (2019). Acerca del uso estratégico de TIC en movilizaciones feministas. En A. Rivoir y M. Morales (Eds.), *Tecnologías digitales. Miradas críticas de la apropiación en América Latina* (pp. 357-369). Ed. CLACSO Y RIAT.

- Lorenzo Copello, P. (2005). La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 95.
- Lorenzo Copello, P. (2019). Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 119-143.
<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24589>
- Laws, E., y Lees, P. (2007). *The Sexual Offences Referencer* (1.a ed.). Oxford University Press.
- *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito 6a Edición.* (s. f.). Tirant lo Blanch.
- Lemos Giráldez, S. (2003). La psicopatología de la infancia y la adolescencia: Consideraciones básicas para su estudio. *Papeles del Psicólogo*, 85, 19-28.
- Lenzenweger, M. F. (1996). *Frontiers of Developmental Psychopathology* (1.a ed.). Oxford University Press, USA.
- León, S. (2021, 30 junio). Las 7 razones por las que las feministas consideran que la ley Trans es una «aberración». *Libertad Digital*. Recuperado 15 de octubre de 2022, de <https://www.libertaddigital.com/espana/2021-06-29/las-7-razones-por-las-que-las-feministas-consideran-que-la-ley-trans-es-una-aberracion-6795534/>
- Levine, E. C., Martínez, O., y Mattera, B. (2017). Child Sexual Abuse and Adult Mental Health, Sexual Risk Behaviors, and Drinking Patterns Among Latino Men Who Have Sex With Men. *Journal of Child Sexual Abuse*, 27(3), 237-253.
<https://doi.org/10.1080/10538712.2017.1343885>
- Libertad Digital. (2022, 12 noviembre). Irene Montero se reafirma en que los niños «pueden amar a quien quieran y tener sexo con quien quieran». *Libertad Digital*. Recuperado 9 de mayo de 2023, de <https://www.libertaddigital.com/espana/2022-11-11/irene-montero-se-reafirma-en-que-los-ninos-pueden-amar-a-quien-quieran-y-tener-sexo-con-quien-quieran-6953541/>
- Lledó Benito, I. (2018). Disposición final decimoséptima. En *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la infancia y a la adolescencia*. Dykinson.

- Llobet Angli, M. (2017). ¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario Sesgos empíricos, contradicciones de lege lata y desaciertos de lege ferenda. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-19.pdf>
- Llobet Angli, M. (2019). Prostitución: ¿qué castigar? Trabajadoras, burdeles, rufianes y cliente. *Revista Nuevo Foro Penal*, 15(92), 52-101.
- Llobet Angli, M. (2020). ¿El fin de la prostitución acabará con la trata? *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, 4, 90-112. <https://doi.org/10.46661/relies.4973>
- Lloria García, P. (2020). Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del estado. *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XL, 309-357.
- Lloria García, P., Núñez Castaño, E., y Pérez Cepeda, A. I. (2019, 18 diciembre). Los riesgos de una Justicia expuesta. *Agenda Pública- Diario El País*. Recuperado 1 de febrero de 2023, de <https://agendapublica.elpais.com/noticia/13831/riesgos-justicia-expuesta>
- London, L. S., y Caprio, F. S. (1950). Development of the Sexual Impulse in the Child. En *Sexual deviations* (pp. 32-38). The Linacre Press.
- Long, J. (2012). *Anti-Porn: The Resurgence of Anti-Pornography Feminism*. Van Haren Publishing.
- Longás, Á. F. (2005). *Estudio longitudinal de niños españoles normales desde el nacimiento hasta la edad adulta*. Fundación Andrea Prader.
- López Barja de Quiroga, J. (1999). *El consentimiento en el Derecho Penal*. Dykinson.
- López Güeto, M. A. (2018, noviembre). Los delitos de las mujeres. Una aproximación al Derecho Penal romano. *Ambigua, Revista de Investigaciones sobre Género y Estudios Culturales*. https://www.google.com/url?sa=tyrct=jyq=yesrc=sysource=webycd=2yved=2ahUKEwjMjLa~_boAhUKx4UKHT9BCNIQFjABegQIARABYurl=https%3A%2F%2Fupo.es%2Fre

vistas%2Findex.php%2Fambigua%2Farticle%2Fview%2F3321%2F3027yusg=AOvVaw1-citgwWvqslqcluBO_OE3

- López, J. M. Q., Ibáñez, F. J. M., López, J. M. Q., Fernández, J. M. M., y Pardo, J. F. J. (2021). *La Prehistoria y su metodología*. Alianza Editorial.
- López Ortega, J. J. (2018, diciembre). Reflexiones Breves: Yo si te creo. *Boletín Comisión Penal Juezas y Jueces para la Democracia*. <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2018/12/Boletin-Penal-N10-Volumen-II.pdf>
- López Pelegrín, C. (2003). ¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas? *Revista Española de Investigación Criminológica*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2083426.pdf>
- López-Galiacho Perona, J. (1997). *La problemática jurídica de la transexualidad*. McGraw Hill.
- Lucas Matheu, M. (2005). El proceso de sexuación. En J. J. De la Gándara y A. Puigvert (Coords.), *Sexualidad humana. Una aproximación integral* (1a, pp. 11-19). Editorial Médica Panamericana.
- Luzón Peña, D. M. (1995). Causas de atipicidad y causas de justificación. En D. M. Luzón Peña y S. Mir Puig (Coords.), *Causas de justificación y atipicidad en el Derecho Penal* (1.a ed., pp. 21-43). Aranzadi.
- Luzón Peña, D. M. (2012). El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. *Revista General de Derecho Penal*, 18, 1-48.
- Luzón Peña, D. M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (3a). Editorial Tirant lo Blanch.
- Machado Cabral, G. C., Hernández Santiago, O., Rodríguez Arrocha, B., y Di Chiara, F. (2016). *El Derecho Penal en la edad moderna*. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/23021/derecho_hd45_2016.pdf

- Macián Martos, A. (2020). Análisis criminológico-jurídico del caso Diana Quer. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*. Recuperado 29 de agosto de 2022, de https://www.uv.es/gicf/5C1_Macian_GICF_37.pdf
- MacKinnon, C. A. (1993). *Only Words*. Harvard University Press.
- MacKinnon, C. A. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado/ Towards a Feminist Theory of State*. Cátedra.
- MacKinnon, C. A., y Dworkin, A. (1997). In *Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings*. Amsterdam University Press.
- Madakam, S., Ramaswamy, R., y Tripathi, S. (2015). Internet of Things (IoT): A Literature Review. *Journal of Computer and Communications*, 03(05), 164-173. <https://doi.org/10.4236/jcc.2015.35021>
- Magro Servet, V. (2019). Aplicación de la condena de inhabilitación especial para realizar trabajos con menores por delitos sexuales con víctimas mayores de edad a raíz de la reforma del art. 192.3 CP por LO 8/2021 de 4 de junio. *Diario La Ley*, 10009. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/02/14/aplicacion-de-la-condena-de-inhabilitacion-especial-para-realizar-trabajos-con-menores-por-delitos-sexuales-con-victimas-mayores-de-edad-a-raiz-de-la-reforma-del-art-1923-cp-por-lo-8-2021-de-4-de-junio>
- Maier-Hisch, E. (2005). Revistando el Sentipensar de la Segunda Ola Feminista: Contextos, miradas, hallazgos y limitaciones. *Revista Culturales*, 8, 1-39. <https://doi.org/10.22234/recu.20200801.e485>
- Malo Ocejo, P. (2021). *Los peligros de la moralidad: Por qué la moral es una amenaza para las sociedades del siglo XXI*. Deusto.
- Malón Marco, A. (2016). *Ética Sexual Contemporánea Aspectos Pedagógicos y Límites*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Malón Marco, A. (2021). *La doctrina del consentimiento afirmativo* (M. A. Boldova Pasamar, Trad.). Aranzadi.
- Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2006). Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho Penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de

los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer. En AA.VV, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*. Colex

- Manovich, L. (2013). *El software toma el mando*. Editorial UOC.

- Mantovani, F. (2017). *Diritto Penale. Parte generale*. CEDAM.

- Manuales MSD. (s. f.). *Trastorno pedófilo*. Manual MSD versión para profesionales.

Recuperado 26 de noviembre de 2020, de <https://www.msmanuals.com/es/professional/trastornos-psi%C3%A1tricos/sexualidad-disforia-de-g%C3%A9nero-y-parafilias/trastorno-ped%C3%B3filo>

- Manzanares Samaniego, J. L. (2016). *Comentarios al Código Penal: Tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo*. Wolters Kluwer.

- Manzini, V. (1963). *Trattato di Diritto Penale Italiano* (4a Ed., Vol. 7). UTET.

- Maqueda Abreu, M. L. (1992). *Los delitos de propia mano*. Tecnos.

- Maqueda Abreu, M. L. (1998). La reforma de los delitos sexuales: Valoración crítica de sus criterios rectores. En *El Nuevo Código Penal y la ley del jurado* (p. 80). Universidad de Sevilla- Fundación El Monte.

- Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (2020). Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de “La Manada”. En J. de Vicente Remesal, J. M. Paredes Castañón, y M. Díaz y García-Conlledo (Coords.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario* (Vol. 2, pp. 1761-1770). Reus.

- Marinello Bonnefoy, J. C. (Ed.). (2016). *Las izquierdas y la delincuencia político-social durante la Segunda República (1931-1936)*. La Segona República. Cultures i projectes polítics. Congrés Internacional d’Història.

- Márquez, I. (2017). El smartphone como metamedio. *Observatorio OBS- Universitat Oberta de Catalunya*, 11(2), 61-71. <https://doi.org/10.15847/obsOBS11220171033>

- Marshall, W. L., y Christie, M. M. (1981). Paedophilia and aggression. *Criminal Justice and Behavior*, 8/2(145).

- Martín González, M. (1967). El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos. *Revista de Administración Pública España*, 54, 219-220.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1yIDN=54yIDA=22532>
- Martín, J. (2014). *Criminal Law* (Illustrated). Routledge.
- Martín, S. (2009). Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38, 861-951.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C., Pérez Álvarez, M. A., De Pablo Contreras, P., y Parra Lucán, M. A. (2018). *Curso de derecho civil 2/1: teoría general de la obligación y el contrato* (5a Ed.). Edisofer.
- Martínez Guisasola, J. M. (2018). *La ideología de género: génesis filosófica, desarrollo doctrinal e incursión jurídica*. Punto Rojo Libros S.L.
- Martínez Peñas, L. (2020). Más allá de la hoguera: penas no capitales de la inquisición española. *Revista Estudios Institucionales*, 7(12), 179-203.
<https://doi.org/10.5944/eeii.vol.7.n.12.2020.27304>
- Martínez Pintor, F. (2021). Nota Editorial: Reflexiones sobre las posibles consecuencias médicas, sanitarias y científicas de la actual propuesta de ley trans. *Psicosomàtica y Psiquiatria*, 16, 15-20.
- Martínez, S. (2018, 28 febrero). «No» significa «no»: Alemania reconoce al fin este principio contra los violadores. *El Español*.
https://www.elespanol.com/mundo/20160707/138236534_0.html
- Martínez Zato, J. J. (1980, 30 enero). Adiós, Código Penal, adiós. *El País*.
<https://elpais.com>
- Masferrer Domingo, A. (2017). La distinción entre delito y pecado en la tradición penal bajomedieval y moderna. Una propuesta revisionista de la historiografía española, europea y anglosajona. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 87, 693-756.
- Maslow, A. H. (1973). *El hombre autorrealizado: Hacia una psicología del Ser* (R. Ribé, Trad.). Kairós.

- Masson, C., y Eliacheff, C. (2022). *La fábrica de los niños transgénero: cómo proteger a nuestros menores de la moda trans*. Deusto.
- Maurach, R., y Zipf, H. (1994). *Derecho Penal Parte general: Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible* (J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, Trads.; 7a Ed.). Astrea.
- McCarrick case drags on a year after his arraignment in Massachusetts. (2022, 9 septiembre). *Crux*. Recuperado 17 de octubre de 2022, de <https://cruxnow.com/church-in-the-usa/2022/09/mccarrick-case-drags-on-a-year-after-his-arraignment-in-massachusetts>
- McCartan, K. (2008). Current understandings of paedophilia and the resulting crisis in modern society. *Nova Biomedical eBooks*. https://wccsj.ac.uk/images/docs/mccartan_paedophilia_and_the_crisis_in_modern_society.pdf
- Mead, M. (2001). *Sex and Temperament: In Three Primitive Societies* (1.a ed.). Harper Perennial.
- Megías Queirós, I. (2003, diciembre). Jóvenes ante el sexo: valores y expectativas asociadas. *Juventud y sexualidad. Injuve, Instituto de la Juventud.*, 63, 19-26.
- Mendoza Calderón, S. (2014). *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores: Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*. Tirant lo Blanch.
- Mendoza Calderón, S. (2022). *Criminalidad juvenil en la era digital*. Tirant lo Blanch.
- Mendoza Garrido, J. M. (2008, junio). Mujeres adúlteras en la Castilla medieval: delincuentes y víctimas. *Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*. https://www.durango-udala.net/portalDurango/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_522_1.pdf
- Mezger, E. (1935). *Tratado de Derecho Penal* (J. A. Rodríguez Muñoz, Trad.). Editorial de la Revista de Derecho Privado.
- Mikkola, M. (2017). *Beyond Speech: Pornography and Analytic Feminist Philosophy*. Oxford University Press.

- Mill, J. S., y Mill, H. T. (1970). *Essays on Sex Equality* (A. S. Rossi, Ed.). University of Chicago Press.
- Milrod, C., y Monto, M. A. (2012). The Hobbyist and the Girlfriend Experience: Behaviors and Preferences of Male Customers of Internet Sexual Service Providers. *Deviant Behavior*, 33(10), 792-810. <https://doi.org/10.1080/01639625.2012.707502>
- Minguijón Adrián, J. S. (1926). *Historia del Derecho Español. Derecho Penal*. Artes Gráficas Casañal.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal Parte General* (9.a ed.). Reppertor.
- Miyares, A. (2021). *Distopías patriarcales: Análisis feminista del «generismo queer»* (Feminismos). Ed. Cátedra.
- Molina, F. (2010). La herejización de la sodomía en la sociedad moderna. Consideraciones teológicas y praxis inquisitorial. *Hispania Sacra*, 62(126), 539-562. <https://doi.org/10.3989/hs.2010.v62.i126.258>
- Moll, A. (1893). *Die conträre Sexualempfindung : mit Benutzung amtlichen Materials* (2a Ed.). Fischer.
- Mommsen, T. (1898). *Derecho Penal Romano*. Establecimiento Tipográfico de Idamor Moreno.
- Money, J. (1990). Forensic Sexology: Paraphilic Serial Rape (Blastophilia) and Lust Murder (Erotophonophilia). *American Journal of Psychotherapy*, 44(1), 26-36. <https://doi.org/10.1176/appi.psychotherapy.1990.44.1.26>
- Monge Fernández, A. (2004). La violencia de género como delito habitual «impropio». En M. A. Boldova Pasamar y M. A. Rueda Martín (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (pp. 101-120). Atelier.
- Monge Fernández, A. (2011). *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años: Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*. Bosch.
- Monge Fernández, A. (2019). Delitos sexuales. En M. Polaino Navarrete (Ed.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (2.a ed.). Tecnos.
- Monge Fernández, A. (2020). «Las Manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales. Tirant lo Blanch.

- Monge Fernández, A. (2022). De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP). En E. Marín de Espinosa Ceballos, P. Esquinas Valverde (Dirs.), M. A. Morales Hernández (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 253-335). Aranzadi.
- Montero Gil, I. M. (s. f.). Intervención en el Debate de Totalidad del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. En *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Sesión de Debate de Totalidad del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual ante el Congreso de los Diputados, España.
- Montoya Gómez, R. D. (2012). *Ética sexual y estética de la existencia en la Antigua Grecia*. Ed. Universidad del Rosario.
- Monzón Pertejo, E. (2011). La evolución de la imagen conceptual de María Magdalena. En R. Zafra Molina y J. J. Azanza López (Coords.), *Emblemática trascendente: hermenéutica de la imagen, iconología del texto* (pp. 529-540). Eunsa.
- Moral De la Rubia, J. (2010). Religión, significados y actitudes hacia la sexualidad: un enfoque psicosocial. *Revista Colombiana de Psicología*, 19(1), 45-59. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3641295.pdf>
- Morales Hernández, M. A. (2023). La eliminación del abuso sexual por consentimiento inválido de víctima mayor de dieciséis y menor de dieciocho años tras la L.O. de garantía integral de la libertad sexual. *Revista Penal*, 51, 208-230.
- Morales Prats, F. (2002). El Derecho Penal ante la pornografía infantil en Internet. En J. E. Fernández Pinos, F. Morales Prats, y O. Morales García (Coords.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet* (pp. 95-118). Aranzadi.
- Morales Prats, F., y García Alberó, R. (2008). *Comentarios al Código Penal*. Aranzadi.
- Morales-Vives, F., Camps, E., y Lorenzo-Seva, U. (2013). Development and Validation of the Psychological Maturity Assessment Scale (PSYMAS). *European Journal of Psychological Assessment*, 29(1), 12-18. <https://doi.org/10.1027/1015-5759/a000115>

- Morales-Vives, F., Camps, E., Lorenzo-Seva, U., y Vigil-Colet, A. (2014). The Role of Psychological Maturity in Direct and Indirect Aggressiveness in Spanish Adolescents. *Spanish Journal of Psychology*, 17. <https://doi.org/10.1017/sjp.2014.18>
- Morcillo, S. (2017). Contrabando de afectos, fugas de capitales y otros desplazamientos. Relaciones de sexo comercial más allá de las fronteras de la prostitución. *Cuadernos Pagu*, 49. <https://doi.org/10.1590/18094449201700490015>
- Moreno Esparza, H. (2017). La sexualidad reproductiva como paradigma epistemológico. *Revista De Estudios De Antropología Sexual*, 1(6), 24-45. <https://revistatest.inah.gob.mx/index.php/antropologiasexual/article/view/10839>
- Morgan, L., Brittain, B., y Welch, J. (2012). Multiple Perpetrator Sexual Assault. *Journal of Interpersonal Violence*, 27(12), 2415-2436. <https://doi.org/10.1177/0886260511433514>
- Morgan, R. (1978). *Going Too Far: The Personal Chronicle of a Feminist*. Random House.
- Morillas Fernández, D. L. (2005). *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil* (Vol. 4). Dykinson.
- Morillas Fernández, D. L. (2015). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En L. Morillas Cueva (Ed.), *Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015* (p. 461). Dykinson.
- Moses, C. G. (1985). *French Feminism in the 19th Century*. State University of New York Press.
- Mullen, P. E., Martin, J. L., y Anderson, J. C. (1993). Childhood Sexual Abuse and Mental Health in Adult Life. *British Journal of Psychiatry*, 163(6), 721-732. <https://doi.org/10.1192/bjp.163.6.721>
- Munson, M., y Stelbourn, J. (Coords.). (2003). *The Lesbian Polyamory Reader: Open Relationships, Non-Monogamy, and Casual Sex*. Routledge.
- Muñoz Calvo, M. T., y Pozo Román, J. (2011). Pubertad normal y sus variantes. *Pediatría Integral*, 6(15), 507-518.

- Muñoz Conde, F. (1995). La esterilización de deficientes psíquicos. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 2, 185-210.
- Muñoz Conde, F. (1999). *Derecho Penal Parte Especial* (12a Ed.). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2007). *Derecho Penal Parte Especial* (16.a ed.). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2019). La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”. *Criminalia*, 86(1). <https://criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/28>
- Muñoz Conde, F. (2022). *Derecho Penal Parte Especial* (24a Ed.). Tirant lo Blanch.
- Murnane, P. (2022). *Clerical Errors: How Clericalism Betrays the Gospel and How to Heal the Church*. Macmillan Publishers.
- Nieto, J. A. (2003). *Antropología de la sexualidad y diversidad cultural*. Talasa.
- Nieva Fenoll, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret*, 1/2016. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1203_es.pdf
- Nieva Serrano, P., y Climent Clemente, M. T. (2022). Trauma relacional en la infancia. El impacto de la violencia en las niñas y en los niños. *Aperturas Psicoanalíticas- Sociedad Forum de Psicoterapia Psicoanalítica*, 69.
- Nina, R. (2008). Comunicación sexual desde el contexto de la relación de pareja. *Archivos Hispanoamericanos de Sexología*, 14(1), 43-56.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Ariel.
- Núñez Rivero, C. (2011). El tratamiento religioso en la Constitución de Cádiz. *Revista de Derecho Público UNED*, 82, 351-390.
- Nuño Gómez, L. (2020). *Maternidades S.A.: El negocio de los vientres de alquiler*. Catarata.
- Observatorio de Salud de la Mujer. (s. f.). La educación y la promoción de la salud sexual. En Ministerio de Sanidad. https://www.sanidad.gob.es/gl/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/IVES_Juventud_Monografico_Profesionales_Educadores_Sanitarios.pdf

- O'Callaghan Muñoz, X. (2021). *Compendio de Derecho Civil Tomo I: Introducción y parte general del Derecho Civil Derecho de la persona*. Alianza Editorial.
- O'Carroll, T. (2018). Childhood 'Innocence' is Not Ideal: Virtue Ethics and Child-Adult Sex. *Sexuality and Culture*, 22(4), 1230-1262. <https://doi.org/10.1007/s12119-018-9519-1>
- Octavio de Toledo y Ubieto, E. (1997). Razones y sinrazones para una reforma anunciada. *La Ley*, 1420, 1-9.
- Oehling de los Reyes, A. (2016). La ley de defensa de la república de 21 de Octubre de 1931: Introducción a su contexto político-jurídico, a su normativa conexas y breve comparativa con su homónima alemana, la Gesetz zum Schutze der Republik. *Estudios de Deusto*, 64(2), 127. [https://doi.org/10.18543/ed-64\(2\)-2016pp127-155](https://doi.org/10.18543/ed-64(2)-2016pp127-155)
- Oliva Delgado, A. (2011). *Instrumentos para la evaluación de la salud mental y el desarrollo positivo adolescente y los activos que lo promueven* (A. Oliva Delgado, Ed.). Junta de Andalucía. Consejería de Salud.
- Oliva, R. (2004). Fenotipo y genotipo. En *Genética médica* (pp. 25-26). <https://books.google.es/books?id=9sCJ80bEsRsCypg=PA96ydq=fenotipo+y+genotipo+hl=esysa=Xyved=0ahUKEwjG-dvT6OroAhWzAGMBHZOeBe8Q6AEIKDAA#v=onepageyq=genotipo+y=false>
- Oliver, M. (2020). *Amor sobre ruedas*. Harlequin Ibérica.
- Oraá González, J. (1996). Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual: primeras notas críticas. *La Ley*, 1343-1350.
- Orejuela, J. J., Piedrahita, J. J., y Renza, F. (2012, abril). La práctica/estilo de vida swinger: ¿una práctica social-sexual perversa? *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, 10, 37-69.
- Organización Mundial de la Salud. (2018). *La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo [Sexual health and its linkages to reproductive health: an operational approach]*. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf>

- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2020). *Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) (10a Revisión 3a edición)*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- Ormazábal Sánchez, G. (2015). *El derecho a no inculminarse*. Civitas.
- Orts Berenguer, E. (1981). *El delito de violación*. Universidad de Valencia.
- Orts Berenguer, E. (1995). *Delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch.
- Orts Berenguer, E. (1998). Delitos contra la libertad sexual. En A. Asúa Batarrita (Ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996* (pp. 113-122). Universidad del País Vasco.
- Orts Berenguer, E. (2015). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II. En *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch.
- Orts Berenguer, E. (2022). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II. En J. L. González Cussac (Ed.), *Derecho Penal Parte Especial* (7.a Ed., pp. 245-258). Tirant lo Blanch.
- Orts Berenguer, E., y Roig Torres, M. (2014). Concepto de material pornográfico en el ámbito penal. En M. Lameiras Fernández y E. Orts Berenguer (Coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial* (pp. 107-123). Tirant lo Blanch.
- Orts Berenguer, E., y Suárez-Mira Rodríguez, C. (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Tirant lo Blanch.
- Osborne, R. (2008). «El poder del amor»(o las formas sutiles de la dominación patriarcal). En P. Laurenzo Copello, M. L. Maqueda Abreu, y A. M. Rubio Castro (Coords.), *Género, Violencia y Derecho* (pp. 179-194). Tirant lo Blanch.
- Otaegui, A., Hawkin, C., y Miller, D. (2021). *El Smartphone Global: Más allá de una tecnología para jóvenes*. Amsterdam University Press.
https://www.uclpress.co.uk/?utm_source=google&utm_medium=google%252520books&utm_campaign=google%252520books
- Otero González, P. (2015). *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: Presente y futuro*. Dykinson.

- Otto, H. (2004). *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre* (7. Auf.). De Gruyter.
- Palencia, A. (2005). *Universal vocabulario en latín y en romance. Tomo I (Año 1490)*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Recuperado 29 de marzo de 2022, de <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc416v3>
- Paredes Núñez, J. (2016). El feminismo de Emilia Pardo Bazán. En *Cuaderno de Estudios Gallegos- CSIC* (Tomo XL, Vol. 105). <http://estudiosgallegos.revistas.csic.es/>
- Parejo Alfonso, L. J. (2003). Reflexiones sobre la libertad, la seguridad y el Derecho. *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, 21, 5-20. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27477/reflexiones_parejo_JA_2003.pdf?sequence=1
- Parent, A. S., Teilmann, G., y Juul, A. (2003). The Timing of Normal Puberty and the Age Limits of Sexual Precocity: Variations around the World, Secular Trends, and Changes after Migration. *Endocrine Reviews*, 24(5), 668-693. <https://doi.org/10.1210/er.2002-0019>
- Parpart, J. L. (1993). Who is the 'Other?': A Postmodern Feminist Critique of Women and Development Theory and Practice. *Development and Change*, 24(3), 439-464. <https://doi.org/10.1111/j.1467-7660.1993.tb00492.x>
- Partido Popular (España). (s. f.). *Programa Electoral año 2019*. https://www.pp.es/sites/default/files/documentos/pp_programa_electoral_2019.pdf
- Pastor, I., y Cristoffanini, M. T. (Directores). (2021). Impunidad ante las violencias sexuales. Análisis sociológico desde un estudio de caso. En E. Ballesteros Doncel y F. Blanco Moreno, *La violencia contra las mujeres desde las ciencias sociales*. Tecnos.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual* (M. L. Femenías, Trad.). Anthropos.
- Pateman, C. (2014). *The Sexual Contract*. Amsterdam University Press.
- Pearce, R., Erikainen, S., y Vincent, B. (2020). TERF wars: An introduction. *The Sociological Review*, 68(4), 677-698. <https://doi.org/10.1177/0038026120934713>
- Pedrajas Ortiz, A. (2003). La esterilización del disminuido psíquico agrede su dignidad. *Bioética y Ciencias de la Salud*, 4, 1-8.

https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/procreacion/Esteriliz_dismin_psiqu_1.pdf

- Peña Sánchez, E. Y. (2011). Antropología sexual: bases teóricas y metodológicas. En A. Barragán Solís y L. González Quintero (Coords.), *La Complejidad de la Antropología Física* (pp. 289-314). Ed. Proa.
- Peramato Martín, T. (2022). El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas. *Anales Cátedra Francisco Suárez-Protocolo II*, 191-224. <https://doi.org/10.30827/acfs.vi1.25187>
- Pereira Garmendia, M. M. (2021). *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales*. Reus.
- Pérez Alonso, E. J. (2020). *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*. B de F.
- Pérez Machío, A. I., y De la Cuesta Arzamendi, J. L. (2020). La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos. En A. I. Pérez Machío y N. J. De la Mata Barranco (Coords.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*. (pp. 25-68). Aranzadi.
- Pérez Pérez, V. E. (2017). Capacidad de la mujer en Derecho privado romano. *Clepsydra. Revista de Estudios de Género y Teoría Feminista*, 16, 191-217.
- Peters, K. (1954). Kuppelei bei Verlobten. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*.
- Petit, J. (2003). *25 años más: una perspectiva sobre el pasado, presente y futuro del movimiento de gays, lesbianas, bisexuales y transexuales*. Alianza Editorial.
- Phillips, A. (1998). *A Defense of Masochism*. St Martins Pr.
- Phillips, A. (2013). *Our Bodies, Whose Property?* Princeton University Press.
- Picotti, L. (2013). Los Derechos fundamentales en el uso y abuso de las redes sociales en Italia: espectos penales. Parte 2. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política-UOC*, 17, 63-76. <https://www.raco.cat/index.php/IDP/article/view/303367>
- Planas Rosselló, A. (2001). Los delitos. En *El Derecho Penal histórico de Mallorca* (pp. 83-86). UIB.

- PODEMOS (España). (2019). *Programa elecciones generales*.
- Polaino Navarrete, M. (1974). *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Universidad de Sevilla.
- Polaino Navarrete, M. (1975). *Introducción a los delitos contra la honestidad*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Polaino Navarrete, M. (2000). *Derecho Penal: Parte general*. J.M. Bosch.
- Pomed Sánchez, L. (2006). Algunos aspectos de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la libertad y la seguridad. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 16, 165-176.
- Portilla Contreras, G. (2007). Bases teóricas del “nuevo” Derecho Penal schmittiano: el Derecho Penal y procesal penal del “enemigo”. *Revista Ius*. <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/177>
- Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national. (2007). En *Conseil d'Etat-Repubblica Francesa*.
- Poyatos i Matas, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. *IQUAL. Revista de Género e Igualdad*. <https://revistas.um.es/igual/article/view/341501/257391>
- Pozuelo Pérez, L. (2022). La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas. *InDret*, 1, 206-229.
- Programa de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS. (1934, 30 noviembre). *ABC*, 32-34.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. (2022). En *EUR-Lex*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52022PC0105>
- QuantiKa14. (2021, 18 noviembre). Estudio sobre la pornografía online en España. *QuantiKa14*. Recuperado 4 de febrero de 2023, de <https://quantika14.com/2020/07/18/estudio-sobre-la-pornografia-online-en-espana-2020/>
- Queralt Jiménez, J. J. (1996). *Derecho Penal español*. Bosch.

- Queralt Jiménez, J. J. (2015). *Derecho Penal español. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Quintanilla Madero, B. (2003). *Personalidad madura*. Publicaciones Cruz O., S.A.
- Quintero Olivares, G., y Morales Prats, F. (2016). *Comentarios al Código Penal español: Artículos 1 a 233*. Aranzadi.
- Quintero Olivares, G., Morales Prats, F., y Prats Canut, J. M. (1999). La exención de la responsabilidad criminal. En *Manual de Derecho Penal Parte General* (1.a ed., pp. 457-573). Aranzadi.
- Rademakers, J., Laan, M., y Straver, C. J. (2000). Studying Children's Sexuality from the Child's Perspective. *Journal of Psychology y Human Sexuality*, 12(1-2), 49-60. https://doi.org/10.1300/j056v12n01_04
- Radford, A. (2007). *The Lost Girls*. Brill.
- Rafols Pérez, I. J. (2020). La asimetría de edad en los delitos contra la libertad sexual. La cláusula del art. 183 quater del Código Penal. *Libertas- Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 9, 165-185.
- Ragués i Vallès, R. (2010). El «Derecho Penal del enemigo» en La Expansión del Derecho Penal. En R. Robles Planas y P. Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coords.), *La crisis del Derecho Penal contemporáneo* (pp. 87-103). Atelier.
- Ragués i Vallès, R. (2021). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (7a Ed.). Ed. Atelier.
- Ragués y Vallès, R. (2021). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En J. M. Silva Sánchez y R. Ragués y Vallès (Coords.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial* (7a Ed., pp. 131-156). Ed. Atelier.
- Ramírez Ortiz, J. L. (2018). Sociedad en red, igualdad, proceso y Derecho Penal. La sentencia de la Manada. *Revista de Juezas y Jueces para la Democracia*, 92, 17-19.
- Ramírez Ortiz, J. L. (2019). *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Ramón Ribas, E. (2013). *Minoría de Edad, Sexo y Derecho Penal*. Aranzadi.
- Ramón Ribas, E. (2015). Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección

realizada. En C. Villacampa Estiarte (Ed.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores* (pp. 189-237). Aranzadi.

- Ramón Ribas, E., y Faraldo Cabana, P. (2023). ¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio? En J. R. Agustina (Ed.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»* (pp. 79-106). Atelier.

- Ramón Ribas, E. (2023). Aciertos y desaciertos en la reforma de los delitos sexuales. En P. García Álvarez, V. Caruso Fontán (Dirs.), M. Rodríguez Ramos (Coord.), *La perspectiva de género en la ley del «solo sí es sí»* (pp. 359-410). Colex

- Ramos Tapia, M. I. (2015). La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y a su adecuación a la Directiva 2011/92/UE. En C. Villacampa Estiarte y T. Aguado Correa (Coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección* (pp. 117-138). Aranzadi.

- Ramos Vázquez, J. A. (2012). Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 195-227.

- Ramos Vázquez, J. A. (2015). El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: art. 183 quater. En J. L. González Cussac (Ed.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (2a ed., pp. 629-636). Tirant lo Blanch.

- Ramos Vázquez, J. A. (2016). *Política Criminal, Cultura y Abuso Sexual de Menores*. Tirant lo Blanch.

- Ramos Vázquez, J. A. (2017). Los inciertos Romeo y Julieta: El consentimiento de relaciones sexuales por parte de menores en la reforma penal española. En C. Fava (Ed.), *Certezza e trasparenza tra diritto ed economia* (pp. 113-128). CEDAM.

- Ramos Vázquez, J. A. (2021). La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) cinco años después: Perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial. *Estudios Penales y Criminológicos*, XLI, 307-360.

- Ranieri, S. (1967). *Manuale di Diritto Penale: Vol. 3* (2a Ed.). CEDAM.

- Ravetllat Ballesté, I. (2015, junio). ¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/3280/3308>
- Real Academia de Historia. (1836). *Opusculos legales del Rey Don Alfonso el Sabio*. <http://fama2.us.es/fde/opusculosLegalesT2.pdf>
- Redondo Gutiérrez, L., y Corrás Vázquez, T. (2018). Análisis comparativo de la evolución de la concepción penal de la violencia sexual en función del género. En *Libro de actas XI Congreso Internacional de Psicología Jurídica y Forense*. Andavira.
- Requena, A. (2020). *Feminismo vibrante: Si no hay placer no es nuestra revolución*. Alianza Editorial.
- Reverter Bañón, S. (2010). El feminismo: más allá de un dilema ajeno. *Feminismo/s*, 15. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/15624/1/Feminismos_15_02.pdf
- Richard González, M. (2017). Problemas de la prueba pericial en el proceso penal. En J. Picó i Junoy (Dir.), C. de Miranda Vázquez (Coord.), *Peritaje y prueba pericial* (pp. 249-273). Bosch.
- Ripoll Lopez, S. (2021). El concepto de prehistoria. En S. Ripoll Lopez y F. J. Muñoz Ibáñez (Coords.), *La Prehistoria y su metodología* (3a Ed., pp. 15-39). Alianza Editorial.
- Rivés Gilabert, J. M., y Rivés Seva, A. P. (2001). Evolución histórica del sistema matrimonial español. *Noticias Jurídicas-Artículos Doctrinales*. Recuperado 16 de diciembre de 2022, de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11680-evolucion-historica-del-sistema-matrimonial-espanol/>
- Robles, L. (2021). *Identidades confinadas: La construcción de un conflicto entre feminismo, activismo trans y teoría queer*. Útero Libros.
- Rodrigo Apio, J. J., y Andreu Rodríguez, J. M. (2017). Evaluación psicológica de la madurez psicosocial en adolescentes. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 17, 14-31.
- Rodríguez Carrión, J., y Traverso Blanco, C. I. (2012). Conductas sexuales en adolescentes de 12 a 17 años de Andalucía. *Gaceta Sanitaria*, 26(6), 519-524. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2012.02.005>
- Rodríguez Devesa, J. M. (1980). *Derecho Penal parte especial*. Ed. Carasa.

- Rodríguez Mourullo, G. (1978). *Derecho Penal Parte General (I)*. Civitas.
- Rodríguez Pérez de Agreda, G., y Caballé Miranda, E. (2018). Criminalización específica o especial de la violencia de género (el feminicidio). ¿Solución o problema? *Revista de estudios del desarrollo social: Cuba y América Latina*, 6(3), 18.
- Rodríguez Solís, E. (1921). *Historia de la prostitución en España y en América*. Imprenta de Fernando Cao.
- Rodríguez Tirado, A. M. (2018). La víctima de los delitos de pornografía infantil cometidos a través de las TICs la Directiva 2011/93/UE y la determinación de la jurisdicción española. En F. Jiménez Conde, O. Fuentes Soriano, y M. I. González Cano (Coords.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales* (pp. 485-493). Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Vázquez, V. (2014). El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación: Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-06. <https://core.ac.uk/download/pdf/79131438.pdf>
- Rogers, T. (2014, 24 noviembre). A Major German Political Party Used to Support Pedophilia—And It's Coming Back to Haunt Them. *The New Republic*. Recuperado 22 de octubre de 2022, de <https://newrepublic.com/article/120379/german-green-party-pedophilia-scandal>
- Roldán Cañizares, E. (2019). *Luis Jiménez de Asúa*. Dykinson.
- Román-Mendoza, E. (2018). *Aprender a aprender en la Era Digital*. Routledge.
- Romeo Casabona, C. M. (1986). *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*. Bosch.
- Romi, J. C. (2005). Bases neurobiológicas de la conducta sexual. *Psiquiatría Forense, Sexología y Praxis*, 5(1), 43-77.
- Ropero Carrasco, J. (2014). Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 225-300. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2083>

- Rosselli, M. (2003). Maduración Cerebral y Desarrollo Cognoscitivo. *Revista Latinoamericana en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 1(1), 125-144.
<http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v1n1/v1n1a05.pdf>
- Rowan, E. L., Rowan, J. B., y Langelier, P. (1990). Women who molest children. *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 18(1), 79-83.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos* (D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García-Conlledo, y J. de Vicente Remesal, Trads.). Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (7a). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Roxin, C. (2015). *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos* (2.a ed.). Civitas.
- Roxin, K. (1983). Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht. En *Festschrift f. Ulrich Klug zum 70.Geburstag (II)*. Deubner.
- Royuela Ruiz, P., Rodríguez Molinero, L., y Marugán de Miguelsanz, J. M. (2015, 18 mayo). Factores de riesgo de la precocidad sexual en adolescentes. *Revista de Pediatría en Atención Primaria*. <https://pap.es/articulo/12173/>
- Rubio Lara, P. A. (2005). Tratamiento jurídico-penal de la abstención de intervenir para evitar o denunciar determinados delitos. *Cuadernos de Política Criminal*, III(87), 133-168.
- Ruiz Funes, M. (1933). Preámbulo al estudio «Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito» de Luis Jiménez de Asúa. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 82(163), 577-606.
- Ruiz, J. (2009). 'Work and Don't Lose Hope': Republican Forced Labour Camps during the Spanish Civil War. *Contemporary European History*, 18(4), 419-441.
<https://doi.org/10.1017/s0960777309990087>
- Sáez Martínez, G. J. (2015, enero). Aproximación a los abusos sexuales a menores. *Eguzkilore*, 29, 137-170.
- Saínz-Cantero Caparrós, J. E. (1999). Comentario al art. 188 Cp. En M. Cobo del Rosal (Ed.), *Comentarios al Código Penal*. Edersa.

- Salat Paisal, M. (2016). Las consecuencias sancionatorias aplicables a los delincuentes sexuales tras las últimas reformas legislativas. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 36. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2873>
- Salazar Benítez, O. (2021). LA (IN)TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: Reflexiones a partir de las dos decisiones del Comité CEDAW condenatorias de España. *Revista de Derecho Político. UNED*, 77-108.
<https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/31054/23483>
- Sallmann, J. M. (1991). *Las brujas, amantes de Satán*. El País Aguilar.
- Salum Tomé, J. M. (2019). Incidencia de los Smartphone en el desarrollo de la plasticidad cerebral en niños de 0 a 6 años, en un contexto de alta vulnerabilidad. *Brazilian Journal of Development*, 5(6), 6020-6030. <https://doi.org/10.34117/bjdv5n6-114>
- Salvador Coderch, P., y Silva Sánchez, J. M. (1999). Las inveracidades de los particulares ante el Derecho Penal. En *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho Penal: dos estudios de dogmática jurídica*. Civitas.
- San Martín Losada, L. (1928). *El Código Penal de 1928*. Imprenta Clásica Española.
- Sanahuja Yll, M. E. (2002). *Cuerpos sexuados, objetos y prehistoria*. Ed. Cátedra.
- Sánchez Calero, F. J. (2022). *Curso de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (12a Ed.). Tirant lo Blanch.
- Sánchez Domingo, M. B. (2022). Validez del consentimiento libre del menor de 16 años. Análisis del artículo 183 quater CP. En E. Marín de Espinosa Ceballos, P. Esquinas Valverde (Dirs.), y M. A. Morales Hernández (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 447-491). Aranzadi.
- Sánchez Esparza, M., y Ordoñez Pérez, A. B. (2016). *Juicios mediáticos y presunción de inocencia*. Ed. Ley 57.
- Sánchez, J. M. (2015). El matrimonio, institución de Derecho Natural, ante el Derecho del Estado. En M. Ayuso (Ed.), *De Matrimonio* (pp. 122-123). Marcial Pons. Ediciones sociales y jurídicas.

- Sánchez Lázaro, F. G. (2008, febrero). Alarma social y Derecho Penal. *InDret*. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/598.pdf>
- Sánchez Ortega, M. H. (1992). *La mujer y la sexualidad en el Antiguo Régimen*. Akal.
- Sánchez Tomás, J. M. (1997). Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: En especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental. *Cuadernos de Política Criminal*, 61.
- Sánchez Torres, E., y Larrauri Pijoan, E. (2000). *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*. Tirant lo Blanch.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2004). *El denominado «delito de propia mano»: Respuesta a una situación jurisprudencial*. Dykinson.
- Sandfort, T., y Rademakers, J. (2000). *Childhood Sexuality*. Amsterdam University Press.
- Santiago Restoy, L., Frago Valls, S., y Sáez Sesma, S. (2009). *Educación sexual*. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte-Área de Educación.
- Sanz Mulas, N. (2009). Pornografía en Internet. *Revista Penal*, 23, 181-202. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11965/Pornograf%C3%A9Da.pdf?sequence=2>
- Sanz Pérez, A. L. (2012). Apuntes sobre la técnica legislativa en España. *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 26, 11-38.
- Sarrión Mora, A. (2010). *Sexualidad y confesión*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Satzger, H., Schluckebier, W., Widmaier, G., y Carl Heymanns Verlag. (2020). *StGB - Kommentar: Strafgesetzbuch*. Carl Hanser Verlag.
- Sauer, W. (1956). *Derecho Penal Parte General* (J. Del Rosal Fernández y J. Cerezo Mir, Trads.). Bosch.
- Schönke, A., y Schröder, H. (2006). *Strafgesetzbuch Kommentar* (27. Auf.). Beck.
- Schröder, H. (1949). Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes. En *Festschrift für W. Sauer*. Walter de Gruyter.
- Schunemann, B. (1978). *Nulla poena sine lege?* (Aufl ed.). de Gruyter.

- Segura García, M. J. (1999). *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch.
- Seidman, S. (1992). *Embattled eros: sexual politics and ethics in contemporary America*. Routledge.
- Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A. (2011). *Derecho Penal. Parte especial*. (16a Ed.). Alianza Editorial.
- *Sexual development and behavior in children*. (s. f.). Web de la NCTSN. Recuperado 15 de febrero de 2020, de https://www.nctsn.org/sites/default/files/resources/sexual_development_and_behavior_in_children.pdf
- Shrier, A. (2021). *Un daño irreversible: La locura transgénero que seduce a nuestras hijas*. Deusto.
- Sibilia, P. (2008). *La intimidad como espectáculo*. Fondo de Cultura Económica USA.
- Sierra López, M. V. (2022). Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa. En E. Marín de Espinosa Ceballos, P. Esquinas Valverde (Dirs.), M. A. Morales Hernández (Coord.) *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 808-848). Aranzadi.
- Silber, T. J. (2011). Adolescent Brain Development and the Mature Minor Doctrine. En *American Academy of Pediatrics eBooks*. American Academy of Pediatrics. <https://doi.org/10.1542/9781581106473-ch04>
- Silva Sánchez, J. M. (2020). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3.a ed.). Edisofer.
- Silva Silva, H. (1995). *Medicina Legal y Psiquiatría Forense* (Vol. 2). Editorial Jurídica de Chile.
- *Sinopsis del artículo 9 de la Constitución Española*. (s. f.). Recuperado 26 de enero de 2021, de <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=9&tipo=2>

- Smith, E. A., Udry, J. R., y Morris, N. M. (1985). Pubertal Development and Friends: A Biosocial Explanation of Adolescent Sexual Behavior. *Journal of Health and Social Behavior*, 26(3), 183. <https://doi.org/10.2307/2136751>
- Smith, J. R., y Smith, L. G. (1974). *Beyond Monogamy; Recent Studies of Sexual Alternatives in Marriage*. The Johns Hopkins University Press.
- Snyder-Hall, R. C. (2010). Third-Wave Feminism and the Defense of “Choice”. *Perspectives on Politics*, 8(1), 255-261. <https://doi.org/10.1017/s1537592709992842>
- Soble, A. (2002). *Pornography Sex and Feminism*. Prometheus Books.
- Sobremonte Martínez, J. E. (1983). *Prostitución y Código Penal*. Universidad de Valencia.
- Soria Verde, M. Á., y Hernández Sánchez, J. A. (1994). *El Agresor Sexual y su Víctima*. Marcombo.
- Sosa Sánchez, R. P., y Brandariz Portela, T. (2022). Caracterización del #MeToo en España. Una aproximación a través del análisis de la prensa y su impacto en la ciudadanía. *Investigaciones Feministas*, 13(1), 75-88. <https://doi.org/10.5209/infe.77820>
- Statista. (2022, 12 octubre). Españoles que han probado el sadomasoquismo por género 2020. Statista. <https://es.statista.com/estadisticas/543275/espanoles-que-han-probado-el-sadomasoquismo-por-genero/>
- Stiles, B. L., y Clark, R. E. (2011). BDSM: A Subcultural Analysis of Sacrifices and Delights. *Deviant Behavior*, 32(2), 158-189. <https://doi.org/10.1080/01639621003748605>
- Stimpson, C. R., y Shulman, A. K. (1991). «Sexual Politics:» Twenty Years Later. *Women's Studies Quarterly. The Feminist Press at the City University of New York*, 19(3/4), 30-40.
- Stratenwerth, G. (1959). Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit. En *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Vol. 71).
- Stratenwerth, G., y Kuhlen, L. (2011). *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat*. Vahlen.

- Suárez Rodríguez, C. (1995). *El Delito de Agresiones Sexuales Asociadas a la Violación*. Aranzadi.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (2014). Abusos sexuales a menores: 182, 183 y 183 bis CP. En J. L. González Cussac (Dir.), A. Matallín Evangelio, y E. Gorriz Royo (Coords.) *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (2a Ed.). Tirant lo Blanch.
- Tamarit, J. M., Aizpitarte, A., y Arantegui, L. (2021). Child sexual abuse in religious institutions: A comparative study based on sentences in Spain. *European Journal of Criminology*. <https://doi.org/10.1177/1477370820988830>
- Tamarit Sumalla, J. M. (2000). *La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y Explotación Sexual: Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores* (1a Ed.). Aranzadi.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2002). *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual* (2a Ed.). Aranzadi.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2015). “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011. En C. Villacampa Estiarte y T. Aguado Correa (Coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección* (pp. 87-106). Aranzadi.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2016). Comentario al art. 156 del Código Penal. En G. Quintero Olivares y F. Morales Prats (Coords.), *Comentarios al Código Penal español: Artículos 1 a 233* (7a, pp. 1070-1071). Thomson Reuters.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2018). ¿Son abuso sexual las interacciones sexuales en línea? Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC. *Revista d'Internet, Dret i Política-UOC*, 26, 30-42.
- Tamarit Sumalla, J. M., y Balcells Magrans, M. (2022). Between Sanctity and Real Life: Child Sexual Abuse in the Catholic Church in Spain. *Sexual Abuse*, 34(7), 806-829. <https://doi.org/10.1177/10790632221078292>
- Tanner, J. M. (1962). *Growth at adolescence*. Blackwell Scientific.

- Taormino, T., y Vagalume, M. (2020). *Opening Up: Una guía para crear y mantener relaciones abiertas (UHF)* (1.a ed.). Melusina.
- Tatafiore, R. (1993). Fare vuoto di norma intorno alla prostituzione. *Democrazia e diritto : rivista critica di diritto e giurisprudenza*, 2, 243-252.
- Tébar Rubio-Manzanares, I. (2017). *Derecho Penal del enemigo en el primer franquismo*. Universidad de Alicante.
- Temboury Molina, M. C. (2009, octubre). Desarrollo puberal normal: Pubertad precoz. *Revista Pediatría de Atención Primaria*.
http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1139-76322009000600002
- Temple, J. R., Paul, J. A., van den Berg, P., Le, V. D., McElhany, A., y Temple, B. W. (2012). Teen Sexting and Its Association With Sexual Behaviors. *Archives of Pediatrics & Adolescent Medicine*, 166(9).
<https://doi.org/10.1001/archpediatrics.2012.835>
- *Términos del diccionario médico de la Clínica Universidad de Navarra*. (s. f.). Web de la Clínica de la Universidad de Navarra. Recuperado 15 de abril de 2020, de <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/caracteres-sexuales>
- Terradillos Basoco, J. M. (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. En *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (2.ª Ed., pp. 193-227). Iustel.
- Terry, K. J. (2015). Child sexual abuse within the Catholic Church: a review of global perspectives. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 39(2), 139-154. <https://doi.org/10.1080/01924036.2015.1012703>
- Thompson, W. (1994). *Sadomasochism: Painful Perversion Or Pleasurable Play?* Cassell.
- Tidwell, N. D., y Eastwick, P. W. (2013). Sex Differences in Succumbing to Sexual Temptations. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 39(12), 1620-1633.
<https://doi.org/10.1177/0146167213499614>
- Tirado Acero, M. (2011). El Debate entre Prostitución y Trabajo Sexual. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 6(1).
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632011000100007

- Todos los casos conocidos de pederastia en la Iglesia Española. (s. f.). EL PAÍS. Recuperado 17 de octubre de 2022, de <https://elpais.com/especiales/pederastia-en-la-iglesia-espanola/>
- Toldos Romero, M. P. (2013). *Hombres víctimas y mujeres agresoras. La cara oculta de la violencia entre sexos*. Alianza Editorial.
- Tomás y Valiente, F. (1990). El crimen y pecado contra natura. En *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* (pp. 105-128). <http://salutsexual.sidastudi.org/resources/inmagic-img/DD23410.pdf>
- Tomás y Valiente, F. (1992). *El Derecho Penal de la monarquía absoluta*. Tecnos.
- Tomassini, F. (2018). La voluntad general en el derecho público y su idealización normativa. *Las Torres de Lucca*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6853213.pdf>
- Torío López, A. (1981). Los delitos del peligro hipotético. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 34, 825-848.
- Tormes, Y. M. (1968). *Child victims of incest*. American Human Association.
- Torres Fernández, M. E. (1999). El nuevo delito de corrupción de menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1, 1-12.
- Torres Fernández, M. E. (2023). Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual. En J. R. Agustina (Ed.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»* (pp. 79-106). Atelier.
- Torres, K. (2014). La reglamentación de la vida sexual en el islam: interferencia y fusión entre derecho y sexualidad. *Ambigua: Revista de Investigaciones sobre Género y Estudios Culturales*, 1, 75-98.
- Tuerkheimer, D. (2019). Beyond #MeToo. *New York University Law Review*, 94(5), 1146-1208. <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2019/11/Tuerkheimer.pdf>
- Ullen, M. (2016). «A tangled web of mindfuck»: Andrea Dworkin and the Truth of Pornography. *Tulsa Studies in Women's Literature*, 145-171. <https://www.jstor.org/stable/44784909>

- Unión Internacional de Telecomunicaciones-Organización de las Naciones Unidas. (s. f.). *Inclusión digital para todos*. Unión Internacional de Telecomunicaciones. Recuperado 4 de enero de 2022, de <https://www.itu.int/es/mediacentre/backgrounders/Pages/digital-inclusion-of-all.aspx>
- *United States Age of Consent Laws By State*. (s. f.). Age of Consent USA. Recuperado 23 de noviembre de 2020, de <https://www.ageofconsent.net/states>
- Urruela Mora, A. (2003). *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*. Granada: COMARES, 2004. Comares.
- Valdés Miyar, M. (2015). *Arquitectura de la psiquiatría*. Plataforma Actual.
- Valenzuela, L. (2020, 8 enero). «La quinta ola feminista arrasa como un tsunami» (P. Conde). *Clarín*. Recuperado 16 de octubre de 2022, de https://www.clarin.com/cultura/luisa-valenzuela-quinta-ola-feminista-arrasa-tsunami_0_msiTnlEK.html
- Valero Heredia, A. (2022). *La libertad de la pornografía*. Athenaica.
- Vallejo Fernández de la Reguera, J. (1984). Fuero Real 1, 7,4. *Historia. Instituciones. Documentos*, 11, 343-374.
- Vallespín Oña, F. (2021). *La sociedad de la intolerancia* (1.a ed.). Galaxia Gutenberg, S.L.
- Valls Prieto, J. (2014). Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas. En L. Morillas Cueva (Ed.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios* (pp. 27-42). Dykinson.
- Van Swaaningen, R. (1997). *Critical Criminology: Visions from Europe*. Sage Publications.
- Varios, A. (2013). La criminalización de la sexualidad en la España Moderna. En T. A. Mantecón Movellán, J. E. Gelabert González, y J. I. Fortea Pérez (Coords.), *Furor et Rabies* (pp. 357-402). Alianza Editorial.

- Varona Gómez, D. (2011). Medios de comunicación y punitivismo. *InDret*, 1, 1-35.
<https://indret.com/medios-de-comunicacion-y-punitivismo/>
- Varona Martínez, G. (2015). Estudio exploratorio sobre los abusos sexuales en la Iglesia española y otros contextos institucionales : marco teórico y metodológico de una investigación victimológica abierta. *Eguzkilo*, 29.
<https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/24346/01%20Gema.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (2020). Sobre la tipificación del feminicidio en España. Algunas consideraciones críticas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 20, 207-247. <https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26449>
- Véron, M. (2015). *Droit pénal spécial* (15.a ed.). Sirey.
- Viada Vilaseca, S. (1890). *Código Penal de 1870: Vol. Tomo III* (4a Ed.). Ed. San Martín.
- Vila, N. (2021, 25 enero). IConsent, la app para decir sí en Dinamarca. *La Vanguardia*. Recuperado 7 de febrero de 2023, de <https://www.lavanguardia.com/internacional/20210125/6195380/dinamarca-app-consentimiento-sexo-legislacion-violacion.html>
- Villa Sieiro, S. V. (2022). Medidas penales frente a la victimización sexual de las personas menores de edad y las personas con discapacidad intelectual: el tratamiento penal del abuso y agresión sexual. En M. M. González Tascón (Ed.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual* (pp. 177-213).
- Villacampa Estiarte, C. (2011). La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas : ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-14.
<https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/46425/017389.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Villacampa Estiarte, C. (2012). Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultado. *Revista de Derecho Penal y criminología*, 7, 81-142. <http://hdl.handle.net/10459.1/46539>
- Villacampa Estiarte, C. (2014). Propuesta sexual telemática a menores u ‘online child grooming’: configuración presente del delito y perspectivas de modificación. *Estudios Penales y Criminológicos*, 34, 639-712.
- Villacampa Estiarte, C. (2015a). A vueltas con la prostitución callejera; ¿Hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave? *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXV, 415-455. <https://doi.org/10.15304/epc.35.2607>
- Villacampa Estiarte, C. (2015b). *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*. Tirant lo Blanch.
- Vizmanos, T. M., y Álvarez Martínez, C. (1848). *Comentarios al Código Penal*. Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente.
- Vizueta Fernández, J. (2022). Las lesiones. En C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, y M. A. Boldova Pasamar (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial* (2a Ed., pp. 76-112). Editorial Comares.
- Von der Weid, O. (2015). *Swing, o adultério consentido. Um estudo antropológico sobre troca de casais*. Multifoco.
- Von Krafft-Ebing, R. (1907). *Psychopathia sexualis*. Verlag von Ferdinand Enke.
- Wakefield, J. C. (2011). The DSM-5’s Proposed New Categories of Sexual Disorder: The Problem of False Positives in Sexual Diagnosis. *Clinical Social Work Journal*, 40(2), 213-223. <https://doi.org/10.1007/s10615-011-0353-2>
- Walker, L. E. (2017). *The Battered Woman Syndrome* (4a Ed.). Springer Publishing.
- Warner, S. (2016). Structuralism, Feminist Approaches to. *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*, 1-6. <https://doi.org/10.1002/9781118663219.wbegss642>
- Wellings, K., Field, J., Wadsworth, J., Bradshaw, S., y Johnson, A. M. (1994). *Sexual Behaviour in Britain: The National Survey of Sexual Attitudes and Lifestyles*. Penguin Books Ltd.

- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal parte general* (C. Fontán Balestra, Trad.). Depalma.
- Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht* (11.a ed.). Walter de Gruyter.
- Westphal, C. (1870). Die conträre Sexualempfindung, Symptom eines neuropathischen (psychopathischen) Zustandes. *Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten*, 2(1), 73-108. <https://doi.org/10.1007/bf01796143>
- Wiesner-Hanks, M. E. (2001). *Cristianismo y sexualidad en la edad moderna* (M. Rubio Fernández, Trad.). Siglo Veintiuno.
- Willoughby, R. R. (1935). A scale of emotional maturity. *Journal of Social Psychology*, 3, 3-35.
- Willoughby, T. (2008). A short-term longitudinal study of internet and computer game use by adolescent boys and girls: Prevalence, frequency of use, and psychosocial predictors. *Developmental Psychology*, 44, 194-204.
- Wismeijer, A. A., y van Assen, M. A. (2013). Psychological Characteristics of BDSM Practitioners. *The Journal of Sexual Medicine*, 10(8), 1943-1952. <https://doi.org/10.1111/jsm.12192>
- Wolff, K. (2007). Postmodern Feminism. *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*. <https://doi.org/10.1002/9781405165518.wbeosp067>
- Wu Chan, M., y Orlow, S. J. (2009). Dermatología neonatal, infantil y del adolescente. En T. B. Fitzpatrick (Ed.), *Dermatología En Medicina General* (7a, Vol. 4, pp. 935-955). Editorial Médica Panamericana.
- Wurzel, K. G. (2010). *Das juristische Denken (1904)* (Facsimil de 1904). Kessinger Publishing, LLC.
- Yañez Román, P. L. (1973). Jurisprudencia Penal 1973. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 26(2), 378-420.
- Young, K. S. (2004). Internet Addiction: A New Clinical Phenomenon and Its Consequences. *American Behavioral Scientist*, 48(12), 402-415.
- Zacarés González, J. J. (1994). *Madurez psicológica: un análisis teórico y empírico de un constructo evolutivo* [Tesis Doctoral]. Universidad de Valencia.

- Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el Derecho Penal*. Ediar Sociedad Anónima Editora.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal parte general* (2a). EDIAR.
- Zambrana Moral, P. (2016). *Estudios de Historia del Derecho Penal: Vindicatio, inimicitia y represión penal en el Derecho español medieval y moderno (Spanish Edition)*. Editorial Académica Española.
- Zander, T. K. (2008). Adult Sexual Attraction to Early-Stage Adolescents: Phallometry Doesn't Equal Pathology. *Archives of Sexual Behavior*, 38(3), 329-330. <https://doi.org/10.1007/s10508-008-9428-8>
- Zapata Boluda, R. M., Marin Zapata, R. M., y Soriano Ayala, E. (2016). Breve recorrido histórico de las sexualidades. En M. I. Guitierrez Izquierdo y R. M. Zapata Boluda (Coords.), *Salud sexual y reproductiva* (pp. 21-43). Alianza Editorial.
- Zugaldía Espinar, J. M. (1977). *El delito de rapto*. Universidad de Granada.
- Zugaldía Espinar, J. M. (1978). 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). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 31(3), 591-618.