



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

MÁSTER EN FORMACIÓN JURÍDICA ESPECIALIZADA EN
DERECHO DE FAMILIA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR VÍCTIMA DE
MALTRATO SEXUAL EN LAS LEGISLACIONES
CUBANA Y ESPAÑOLA**

Realizado por: Dayana Pérez Peñalver

Tutorado por: Patricia Tapia Ballesteros

“Siembra en los niños ideas buenas aunque no las entiendan... Los años se encargarán de descifrarlas en su entendimiento y de hacerlas florecer en su corazón”

María Montessori

AGRADECIMIENTOS

Cuando se está enfrascado en una ardua labor siempre hay personas que te animan, te apoyan y te impulsan a seguir adelante. Sería imperdonable omitir el nombre de cuantos hicieron que este trabajo llegara a su etapa final; es por eso que a todos los que me han ayudado de uno u otro modo, quisiera que les llegue mi respeto, cariño y eterno agradecimiento.

A mi familia por darme su cariño, apoyo y fuerzas para continuar aún desde la distancia, y a Marco por no dejar que me rindiera y aún en los momentos más duros tener un abrazo para mí.

A mi tutora, la profesora Patricia Tapia Ballesteros, por su dedicación y empeño, con su guía y sabios consejos hizo posible este sueño.

A los profesores del Máster por darme la oportunidad de aprender con cada una de sus enseñanzas.

A Ángeles, por ayudarme y tenderme su mano amiga desde el primer momento.

A todos los que, de una forma u otra, han hecho posible la realización de este trabajo, de todo corazón,

Gracias.

RESUMEN

El maltrato infantil es un fenómeno tan antiguo como la humanidad misma. Sus expresiones a lo largo del tiempo han ido variando y perfeccionándose, al mismo tiempo se han generado nuevas formas, particularmente en el ámbito sexual, que encuentran su asidero en el empleo de las TICs. La norma penal, ha de constituir una herramienta capaz de ofrecer protección efectiva a la víctima de estas conductas. Atemperar la norma a las nuevas realidades es una premisa fundamental en este empeño, que abordaremos mediante el análisis de las legislaciones penales cubana y española.

PALABRAS CLAVE

Menor, maltrato sexual infantil, protección penal, indemnidad sexual.

ABSTRACT

Child abuse is an old phenomenon as the humanity itself. Its expressions over time have been changing and refining, at the same time new forms have been generated alongside with the spreading of IT. The penal norm, must constitute a tool capable of offering effective protection to the victim of these conducts. Adapting the norm to the new realities is a fundamental precondition in this endeavor, which we will address by analyzing the Cuban and Spanish criminal legislation.

KEY WORDS

Child, Sexual child mistreatment, criminal protection, sexual indemnity.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	8
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	12
HIPÓTESIS Y OBJETIVOS.....	12
JUSTIFICACIÓN DE LA ESTRUCTURA.....	13
METODOLOGÍA.....	14
1. EL MALTRATO INFANTIL. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.....	15
1.1 Antecedentes de la regulación del maltrato infantil.....	15
1.2 Elementos conceptuales del maltrato infantil.....	20
1.3 Formas específicas que adopta el maltrato infantil.....	24
1.4 Tratamiento que se ofrece a la víctima de maltrato.....	30
2. EL BIEN JURÍDICO OBJETO DE PROTECCIÓN ANTE EL MALTRATO SEXUAL INFANTIL.....	32
2.1. El “normal desarrollo de las relaciones sexuales” en la norma cubana.....	33
2.2. La “libertad e indemnidad sexual” en la norma española.....	34
3. TRATAMIENTO LEGAL DE LA EDAD DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL DEL MENOR EN LAS LEGISLACIONES CUBANA Y ESPAÑOLA.....	37
3.1. La determinación del rango etario a proteger en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en la vigente legislación española.....	37
3.2. La determinación del rango etario a proteger en los delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales en la legislación cubana actual.....	42
4. LA PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR VÍCTIMA DE MALTRATO SEXUAL EN LAS NORMATIVAS ESPAÑOLA Y CUBANA.....	45
4.1. La protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores en la legislación española actual.....	45

4.2. La tutela del normal desarrollo de las relaciones sexuales de los menores en la legislación penal cubana.....	65
4.3. Algunas consideraciones previas a las conclusiones.....	74
5. CONCLUSIONES.....	78
6. BIBLIOGRAFÍA.....	81

ABREVIATURAS

Art. (s)	Artículo (s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCE	Código civil español
CCC	Código civil cubano
CFC	Código de familia cubano
CPC	Código penal cubano
CPE	Código penal español
cit.	Citado (a)
G.O. (Ext)	Gaceta Oficial (Extraordinaria)
LO	Ley Orgánica
ONBC	Organización Nacional de Bufetes Colectivos
ONU	Organización de Naciones Unidas
pág	página
págs.	páginas
RAE	Real Academia Española
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
sgts.	siguientes
TS	Tribunal Supremo
TIC(s)	Tecnología de la Información y la Comunicación (s)
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia
vid.	Véase (del latín <i>vide</i>)
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

El maltrato infantil es tan antiguo como la humanidad misma, sin embargo, las primeras manifestaciones públicas de oposición a este fenómeno se producen en la segunda mitad del siglo XIX. En este sentido tuvo un papel preponderante la presentación de un informe sobre autopsias de niños muertos a causa de maltratos físicos, por Ambroise Tardieu, en la cátedra de medicina legal de París, en 1868. De igual forma, otro de los sucesos que motivó el paulatino interés estatal en la regulación jurídica de este tema fue la difusión, en periódicos norteamericanos, del caso de la menor Mary Ellen, en 1874.

En la actualidad, la protección a niñas, niños y adolescentes, es un tema reconocido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. De esta manera, la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 44/25)¹ constituyó un significativo paso de avance al regular la responsabilidad en que incurrirían los Estados ratificantes; de incumplir las disposiciones en ella contenidas referidas al abandono, los malos tratos y la explotación, consagrando el respeto a los derechos humanos básicos de los infantes. Tanto España como Cuba son signatarias de este convenio desde el 26 de enero de 1990 y lo ratificaron el 6 de diciembre de 1990 y 21 de agosto de 1991 respectivamente².

Debido a la regulación jurídico penal de las conductas discriminatorias y abusivas contra menores y con la implementación de programas de apoyo y atención a las víctimas de maltrato infantil y a sus familias, se puede afirmar que en la actualidad la protección del menor es mucho más sólida. Sin embargo, las estadísticas y estudios realizados indican que estos mecanismos no son suficientes, o que no ofrecen una eficaz protección. Así lo demuestran el incremento de la violencia intrafamiliar y doméstica y las situaciones que se informan a diario de explotación laboral infantil, de trata de menores y de abuso sexual, por solo citar algunas de las tipologías que asume el maltrato infantil.

¹La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en su art.19 dispone que “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.*”

²“*Convention on the Rights of the Child. New York*” (20 November 1989) United Nation. Treaty Collection. Depository. Chapter IV. Recuperado de: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV. (06 de junio de 2020).

Las legislaciones deben ser instrumentos que implementen un sistema de medidas y acciones proteccionistas, que articule de manera coherente y operativa las políticas, planes y programas de acuerdo a las concepciones sociales y culturales de cada nación. A tono con la preocupación de los juristas debe ir la de los órganos legislativos e instituciones involucradas en el tratamiento concebido en las leyes y el ofrecido en la práctica a los menores, cuando estos resulten víctimas de maltrato, como con acierto señala DOLZ LAGO³.

Cuantificar el maltrato infantil es una tarea prácticamente imposible en estos tiempos. Sus víctimas tienden a soportar en silencio esta forma de violencia - intrafamiliar, por lo general- por diversas razones. Sin embargo, identificar las características comunes de las víctimas, así como reconocer los factores individuales, familiares y sociales que propician esta conducta, podría conducir al perfeccionamiento de las normativas penales y consecuentemente, a la creación de efectivos programas de prevención e intervención a diferentes niveles de la sociedad.

Algunos tipos de violencia, estrechamente vinculados al maltrato infantil, en particular la doméstica y de género, se han convertido también en problemáticas sociales de gran connotación tanto en Cuba como en España. Estas conductas no tienen, por lo general, una ocurrencia aislada, más bien, son el resultado de la interacción de múltiples factores que cíclicamente se repiten de generación en generación, debido a la permanencia y acrecentamiento de sus causas. Sus manifestaciones son cada vez más novedosas y se traducen en modalidades más agresivas y encubiertas. Como bien alertaba el Informe del Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, de 1994, “Uno de los mayores retos que enfrentará la humanidad en el presente siglo, es el de la violencia, dada la inseguridad que genera en la sociedad y las implicaciones físicas y psicológicas que experimentan quienes la sufren”⁴.

Esta triste realidad se ve confirmada por las cifras de incremento de los índices de maltrato en España que se ha cuadruplicado desde 2009, según indica en sus conclusiones el "Estudio

³DOLZ LAGO, M.J. “*El menor como víctima*”. Revista La Ley. núm. 4115, año XVII, pág 1. “*Si se concibe el Derecho penal más como un Derecho protector del libre ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos que como un Derecho represivo la figura de la víctima del delito, que sufre la violación de sus derechos y libertades con ocasión de la realización de la acción delictiva, cobra especial relevancia y significado en el estudio de este Derecho*”

⁴PÉREZ GONZÁLEZ, E. (2009) “*El Testimonio Judicial Infantil. Método para su análisis forense*”. Editorial ONBC, La Habana, Cuba, pág.9.

sobre la Evolución de la Violencia a la Infancia en España, según las Víctimas 2009-2016"⁵. Las niñas han sido las principales víctimas, al constituir el 57,3% de los casos y objeto de la violencia de género y los abusos sexuales; de igual forma, la edad media de las víctimas ha disminuido de los 12,3 años a los 11,5 años al igual que la edad de inicio ya que antes las agresiones comenzaban a los 10,4 años y ahora lo hacen a los 9,6.

Como consecuencia de la emergencia COVID, la Fundación ANAR⁶ reveló la existencia de 24 casos graves de maltrato al día, durante una semana de confinamiento en España. Según señala ÁLVAREZ R.J, durante la primera semana de confinamiento el chat de la fundación precitada registró más peticiones de ayuda de lo normal lo que implica de forma directa un incremento de los casos de maltrato grave a menores⁷.

En el ordenamiento jurídico cubano la protección del menor víctima de maltrato se ha abordado, por la mayoría de los autores, desde la perspectiva de la violencia doméstica resultando difícil, en la labor indagatoria, encontrar opiniones reflexivas y críticas sobre el tema⁸. La doctrina está marcada por la insuficiencia de estudios que profundicen, no solo en los perjuicios que causa el agresor a la víctima, sino en aquellos que puede acarrear la realización de un proceso tedioso o la ausencia de este ante la comisión del delito. Otro aspecto digno de análisis y valoración son los efectos adversos que para la víctima tiene la insuficiencia de mecanismos existentes en el ordenamiento jurídico, que le proporcionen una eficaz protección y atención una vez concluido el proceso.

Un estudio realizado con base en investigaciones del Instituto de Medicina Legal de La Habana (1990-2010), sobre maltrato a niños y niñas menores de 16 años, como víctimas o autores de hechos violentos, arrojó como resultado un predominio del sexo femenino como víctima de delitos sexuales, mientras que se observó un ligero predominio del masculino (no

⁵DÍAZ, D., BARTOLOMÉ, S., MATA, L. & TOLEDANO, E. (2018) "*Evolución de la violencia a la infancia en España según las víctimas.*" Editorial Fundación ANAR, Madrid, España, pág 63. Recuperado de: https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=5545 (26 de junio de 2020)

⁶La Fundación ANAR (ayuda a niños y adolescentes en riesgo) es una organización sin ánimo de lucro, creada en 1970, y se dedica a la promoción y defensa de los derechos de los niños y adolescentes en situación de riesgo y desamparo, mediante el desarrollo de proyectos tanto en España como en Latinoamérica, en el marco de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

⁷ÁLVAREZ, R.J. "*La violencia hacia menores está aumentando con el confinamiento y se agrava cada día de aislamiento.*" *El Mundo*. Recuperado de: <https://www.elmundo.es> (01 de abril de 2020)

⁸AGUILAR AVILÉS, D. (2009) *Compilación de Estudios Cubanos sobre Victimología*. Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, La Habana. Cuba, pág 35.

significativo) en delitos no sexuales⁹. A su vez constató que la violencia, en la sociedad cubana, se encuentra íntimamente relacionada con el tema de género, reafirmando la existencia de un patrón cultural, histórico y social encaminado a convertir a las niñas y adolescentes como objeto sexual; más recientemente se alerta sobre el incremento de los índices del maltrato infantil intrafamiliar¹⁰.

La norma penal cubana, promulgada en 1987, ha sufrido algunas modificaciones, sin embargo, poco a cambiado en torno al tratamiento del menor como víctima. Si bien sanciona muchas de las conductas que hoy son constitutivas de maltrato infantil, también es cierto que necesita atemperarse a las realidades actuales, a las nuevas formas que ha ido adoptando este fenómeno, en aras de sancionarlo, pero a su vez de garantizar una adecuada protección penal a la víctima.

Son múltiples las razones que determinan que este tema promueva el interés social, más aún, cuando las víctimas resultan ser niñas, niños y adolescentes, cuya capacidad de autoprotección y de respuesta física y psicológica ante Las agresiones sexuales se encuentra limitada, lo que los convierte en sujetos especialmente vulnerables. Con la entrada en vigor de la nueva Reforma Constitucional de 10 de abril de 2019, quedó establecido que en 2021 se promulgará del nuevo Código Penal cubano, siendo esta una buena ocasión para positivar aquellas conductas que a día de hoy tienen una regulación deficiente o nula en esta norma. Urge a su vez, la introducción de cambios, tanto en el campo doctrinal como legislativo, y la construcción de un aparato categorial y conceptual inherente, que permita alcanzar seguridad, en cuanto a la instrumentación de los principios técnicos primordiales, en la elaboración de las normas jurídicas.

Es por ello, que esta investigación, se propone, mediante el análisis comparativo de la legislación penal española y cubana, analizar, desde una perspectiva crítica, el tratamiento que ofrecen en materia de protección de menores víctimas de maltrato sexual. Ello nos permitirá identificar, cuáles son las deficiencias que actualmente presenta el ordenamiento cubano en la

⁹MARTÍNEZ NEGRÍN, Y. (2016) “Maltrato Infantil, un problema de género?” *Revista Cubana de Medicina General Integral*, Número 1, La Habana, Cuba, pág 32.

¹⁰“Caracterización del maltrato infantil en familias disfuncionales del Policlínico Ana Betancourt, enero a junio de 2017” (2018) *Revista Ciencias Médicas*, Número 2/2018, La Habana, Cuba, pág 7.

aplicación de los tipos penales que se abordan, así como los aspectos de la ley española que pueden servir de guía en la actualización de la normativa cubana vigente en esta materia.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La protección que se ofrece a las niñas, niños y adolescentes víctimas de maltrato infantil, constituye uno de los temas más debatidos en el ámbito jurídico. Su estudio ha sido matizado por la variedad de conceptualizaciones propuestas por diferentes autores dedicados a la investigación en esta área. Todo ello trae aparejado un sinnúmero de problemáticas, entre las que se destaca la imposibilidad de lograr la unificación de criterios relativos a la delimitación de los factores que determinan la existencia del maltrato, sus tipologías y aquellos elementos que han de concebirse para evitar la victimización secundaria del menor durante el proceso penal, así como otras consecuencias derivadas de la insuficiencia de mecanismos jurídicos que ofrezcan tratamiento al menor una vez terminado este.

La relativa imprecisión del término “maltrato infantil”, es el primero de una serie de factores que impiden una identificación precisa del alcance del problema dentro de la sociedad actual. Así, la determinación del citado concepto, podrá realizarse desde una doble perspectiva, esencialmente: la jurídica y la psicológica, que no siempre coinciden, por cuanto la valoración jurídica de esas conductas está condicionada por el criterio objetivable del grado de contacto físico, algo que no necesariamente correlaciona con la variación en el grado de trauma psicológico creado.

HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

El interrogante que mueve esta investigación es determinar, sobre la base del análisis comparativo de las normas penales española y cubana, si el ordenamiento jurídico penal de esta última nación se encuentra a tono con las nuevas tipologías delictivas que conducen al maltrato sexual infantil. Considerando, en este sentido, la influencia del empleo las TICs en una sociedad cada vez más informatizada, y que inevitablemente trae consigo la utilización de estos medios en conductas que constituyen maltrato sexual al menor.

De este modo, el objetivo principal que se persigue con esta investigación es demostrar la necesidad de atemperar el ordenamiento jurídico penal cubano a las nuevas tipologías que

adopta el maltrato infantil, mediante la introducción ex novo de tipos delictivos propios que garanticen una protección penal integral del menor y la adecuación de otros ya existentes, despojándolos de contenidos sexistas y tradicionalistas aún imperantes. Sirve, de este modo, la legislación penal española, pese a las críticas de la que lógicamente ha sido objeto, como modelo en la incardinación de nuevos tipos penales, y el análisis más abarcador de otros ya existentes. Por ello, considero que abordar, de manera comparativa, ambos ordenamientos puede conducirnos a despejar esta hipótesis.

JUSTIFICACIÓN DE LA ESTRUCTURA

Para desarrollar nuestro objetivo nos hemos propuesto seguir una estructura que nos permita, en primer orden, concretar el cuerpo conceptual general del maltrato infantil como forma de violencia contra niñas, niños y adolescentes y establecer los fundamentos doctrinales que se han fijado para este fenómeno. Con posterioridad, identificar los principales tipos delictivos que regulan el maltrato infantil en la legislación penal cubana y española, delimitándolos en correspondencia con cada una de las formas de maltrato abordadas.

Para ello se seguirán las tipologías de maltrato infantil que se detallan en el texto, enfatizando particularmente en el maltrato sexual infantil y su regulación en ambos ordenamientos. En este análisis se partirá desde la delimitación de los bienes jurídicos que ambas normas protegen con la incardinación de las conductas constitutivas de maltrato sexual en sus cuerpos normativos. Se abordará el tratamiento legal que ofrecen ambas naciones de la edad del consentimiento sexual, así como los posibles fundamentos que conducen a su determinación. En el mismo sentido serán considerada la evolución legislativa en el tratamiento de determinadas figuras, el alcance en la protección del menor, el marco sancionador, la incorporación o no de figuras de aparición relativamente recientes constitutivas de maltrato infantil sexual, así como la adaptabilidad de las normas analizadas a las realidades antes descritas.

Este procedimiento permitirá valorar desde una perspectiva crítica el tratamiento que recibe el menor como víctima de maltrato sexual, haciendo referencia a la evolución legislativa de los tipos penales, en aras de recalcar la importancia de moldear la norma a las realidades actuales que matizan este fenómeno.

METODOLOGÍA

La metodología que hemos empleado para afrontar el problema científico de esta investigación consiste en la utilización de métodos que permitan abordar nuestro objeto de estudio de forma racional y crítica, lo que determina la obtención de conocimientos científicos derivados de los estudios realizados. Es por ello que se han empleado métodos teóricos, a través de los cuales se logren explicar sucesos que no se encuentran a un nivel sensorial y desentrañar relaciones esenciales de estos, así como captar con precisión aspectos del objeto de estudio, que nos permitan acumular datos e información sobre él.

Entre los métodos utilizados para la realización de esta investigación se encuentran el de análisis-síntesis, a partir del cual se destaca el sistema de relaciones que existe entre las partes y de estas con el todo, identificando las causas y elementos que componen el objeto de estudio, con el fin de percibirlo en toda su integralidad y con todas sus interconexiones y contradicciones. Se ha empleado a su vez el método abstracto-concreto, que permite establecer el sistema de relaciones existente entre las cualidades y partes de nuestro objeto de estudio así como ofrecer una imagen general de este al margen de sus particularidades.

De igual modo se han empleado el método inductivo-deductivo, que posibilita establecer conclusiones y predicciones y el método causal, decisivo en estudios de enfoque criminógeno con el que se pueden precisar y aislar los elementos necesarios y esenciales que provocan la comisión de conductas delictivas, como el maltrato infantil, fenómeno jurídico motivado por diversas causales. También se utiliza el método histórico, que posibilita desentrañar la esencia, alcance y significado de los fenómenos jurídicos abordados en esta investigación; así como valorar las normas e instituciones jurídicas referentes al tema, en su devenir histórico.

Las principales bases de datos consultadas en esta investigación fueron Dialnet, Tirant Lo Blanch, la base de datos y el repositorio de la Biblioteca Uva, el BOE y la Gaceta Oficial de la República de Cuba.

1. EL MALTRATO INFANTIL. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1.1 Antecedentes de la regulación del maltrato infantil.

El maltrato infantil ha existido desde tiempos inmemorables, y constituye un fenómeno tan arcaico como la humanidad misma. A lo largo de la historia ha tenido sus fundamentos en disímiles creencias, costumbres y patrones sociales; así numerosos niños han sido objeto de sacrificios religiosos y de otro tipo de vejámenes sustentados en las ideologías de los pueblos.

Una de las figuras instauradas durante el Derecho Romano fue la del *pater familiae*, como modalidad de patriarcado, quien ostentaba derechos de determinación sobre la vida y muerte de sus vástagos, castigo corporal, derechos de abandono e incluso de cesión, entregándolos como garantía del pago de una deuda. Además, el *pater familiae* tenía potestad para vender a sus hijos como esclavos. Esta institución tuvo similar desarrollo en regiones como Grecia y la India, lo que dio lugar a que la Iglesia Católica fuera limitando las facultades de los jefes de familias y a que fueran condenadas, en el siglo XVII, conductas como el aborto, el infanticidio y el abandono.

No obstante, las prácticas discriminatorias tuvieron continuidad; de forma tal, que los infantes concebidos fuera de relaciones matrimoniales formalizadas, y los nacidos con problemas físicos, genéticos o mentales, eran considerados frutos del pecado. Asimismo, el Código Napoleónico reguló expresamente el no reconocimiento de derechos jurídicos a favor de los menores¹¹.

Las concepciones abusivas en perjuicio de los menores fueron quedando a un lado con el decursar del tiempo. Se abrió paso a otras nociones que desencadenarían en la protección a los menores víctimas de maltrato y que aclamarían la atención de los teóricos, en pos de aportar elementos que contribuyeran a definir el abuso infantil como categoría multidisciplinaria. Han concurrido profusas discrepancias al definir el término, sin embargo, podemos señalar los antecedentes del maltrato infantil, como referentes para su conceptualización¹².

¹¹ARCE, A. (2010) *Evolución histórica del maltrato infantil*. Recuperado de: <https://www.dra-amalia-arce.com>. (26 de junio de 2020)

¹²ORIHUELA, M. (2015) *El maltrato infantil como elemento de formación integral en los niños de las familias en el barrio de Azana*. Huancaayo. Universidad nacional del centro de Perú, pág16.

El primero de los indicios que marcó un cambio en las concepciones que sobre el menor se tenía hasta el momento fue la presentación de un informe sobre autopsias de niños muertos, a causa de maltratos físicos y sobre las características del ambiente familiar, por AMBROISE TARDIEU, en la cátedra de medicina legal de París, en 1868. Varios estudios siguieron la presentación de este informe señalando ligeras transformaciones en la percepción de un fenómeno que había cohabitado invisiblemente con la sociedad¹³.

En el año 1874, la prensa norteamericana difunde el caso Mary Ellen, una niña de 9 años de edad que había sido víctima de maltratos por parte de sus cuidadores, y que presentaba rasgos evidentes de desnutrición y maltratos físicos. Este asunto fue presentado por una asistente social, pero sin dudas, la singularidad radicaba en que fue la Sociedad Protectora de Animales quien conoció de los hechos. Su fundamentación residía en que la niña pertenecía al reino animal, y como tal era merecedora de protección, de este modo, y apelando a la ley contra la crueldad hacia los animales, ganó el juicio en el propio año.

Esta situación alarmante, desvelaba una sociedad carente de normas sancionadoras y de protección ante la violencia que sufrían en silencio los menores. A raíz de la repercusión de este caso, en 1875, se fundó la *Society for the Prevention of Cruelty of Children*, y en 1884, la Sociedad Nacional para la Prevención de la Crueldad al Niño¹⁴. La ciencia también jugó un papel importante en la detección de este fenómeno. Con el descubrimiento de los rayos X y su implementación en la práctica médica fue posible el registro del llamado “Trauma desconocido”, consistente en la observación, mediante radiologías, de sucesivas fracturas de origen “dudoso” en la historia clínica de un mismo niño.

Los descubrimientos que al respecto se venían realizando, así como la fundación de organizaciones encargadas de alimentar y brindar apoyo médico a los niños abusados como la *Save the Children Fund*¹⁵, y la *Save de Children Internacional Union*¹⁶, demostraban un claro avance en la protección infantil. A pesar de ello, faltaba un principio unificador, con

¹³LACHICA, E. (2010) “*Síndrome del niño maltratado: aspectos médico-legales. Battered child syndrome: forensic aspect.*” Cuadernos de Medicina Forense. Versión Online: ISSN1988-611X, versión impresa ISSN 1135-7606, Vol. 16, No, 1-2, Málaga, ene-jun, 2010, pág 4.

¹⁴ARANDA, N. (2009) “*Maltrato infantil. Violencia familiar y maltrato infantil. Introducción a la problemática del maltrato hacia los niños*”, Universidad de Buenos Aires, Argentina, pág.1.

¹⁵Fundación creada por Eglantyne Jebb en 1919, con objeto de reunir una base económica suficiente para enviar, de entrada, leche a los niños de Viena y procurar más adelante otras ayudas a diferentes países.

¹⁶Organización internacional creada el 6 de enero de 1920, por Eglantyne Jebb.

capacidad integradora¹⁷. Fue esto lo que inspiró la redacción de una Carta de los Niños, en Ginebra en 1923, obra personal de la inglesa EGLANTYNE JEBB, luchadora ferviente por los derechos de la infancia. Perseguía trasladar a todos los Estados, la necesidad de hacer conciencia sobre la gravedad de la situación que atravesaba la infancia, en un lenguaje claro.

A pesar de no ser vinculante, este documento enumeraba los derechos que le asistían al niño y la responsabilidad que les concernía a los Estados al respecto¹⁸ y fue el incentivo para la posterior aprobación de la primera Declaración con carácter universal sobre los Derechos del Niño, conocida como la Declaración de Ginebra, aprobada por la V Asamblea General de la Sociedad de Naciones en el año 1924. Con independencia de lo loable del acto, es de señalar que debido al contexto en que fue redactado este instrumento jurídico, presentaba un carácter general y era vago en sus principios, aunque no por ello dejó de ser el precedente de toda legislación posterior sobre los derechos de la infancia.

Se puede afirmar que este documento constituyó la base orientadora para la aprobación de varios instrumentos jurídicos internacionales que dotaban de reconocimiento a los derechos de la infancia. De este modo se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, que recogió de forma expresa en el artículo 25.2 el derecho a la infancia, a cuidados y asistencia especiales. Uno de los méritos que se le atribuye es que dejó por sentado la doctrina referente al interés superior del menor, aunque entre sus desaciertos se destaca que carecía de carácter vinculante, lo que dificultaba el cumplimiento de sus postulados.

Esta concepción se reiteró en la Declaración de los Derechos del Niño¹⁹ que fue aprobada ante la ONU el 20 de noviembre de 1959, con un contenido marcadamente proteccionista y en la que los derechos se presentaban como obligaciones exigidas principalmente a las personas individuales y jurídicas. Su objetivo principal era proporcionar protección especial a las niñas y niños, tratando de concretar los principios generales de la Declaración de los Derechos Humanos. También en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de

¹⁷Al respecto: “*La primera Carta de los Derechos del Niño*” Recuperado de: www.savethechildren.es, (28 de junio de 2020)

¹⁸BOFILL, A. & COTS, J. (1999) *Pequeña historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia*. Comissió de la Infància de Justícia i Pau, Barcelona. España, pág 11.

¹⁹Declaración de los Derechos del Niño. (A.G. Res.1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) ONU Doc. A/4354 (1959) pág 19.

diciembre de 1966 y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 se evidenció el interés en la protección infantil²⁰.

En el ámbito científico HENRY KEMPE, organizó en 1959 el Primer Simposio Interdisciplinario sobre el Síndrome del niño apaleado o golpeado, en ocasión de la reunión anual de la Academia Americana de Pediatría. En 1962 publica el artículo “El síndrome del niño golpeado” o como se dio a conocer en inglés “*Battered child syndrome*, en *The Journal of the American Medical Association*²¹. En el precitado artículo se presentaban una serie de casos con un enfoque pediátrico, psicológico, radiológico y legal; que hicieron que el “Síndrome del Niño Golpeado” se incorporase a la literatura médica pasando a ser, por tanto, un nuevo concepto médico. A partir de este momento se inician las medidas legislativas que obligan a los profesionales de la salud a denunciar cualquier sospecha de maltrato a menores.

A partir de los trabajos de KEMPE, se multiplicaron las publicaciones científicas que abordaban la temática y comenzaron a definirse otras formas de maltrato infantil. También se inició un enfoque integral interdisciplinario y transectorial de intervención y prevención. Posteriormente se crearon, a nivel mundial, diversas asociaciones de protección a los niños víctimas de malos tratos.

La Convención de los Derechos del Niño marcó un hito importante a nivel internacional en el cambio de paradigma con respecto a la protección de la infancia. Fue adoptada en 1989 y se caracterizó por la exigencia a los estados de protección contra toda forma de violencia infantil, previniendo este problema y prestando apoyo a aquellos infantes que lo padecen. De su articulado, además, se desprende la tutela que ofrece a aquellos menores que sufren abusos sexuales o son víctimas de cualquier forma de explotación, tráfico y venta; regula también la necesidad de prestarles asistencia sanitaria, buena formación, e incluso diversión a fin de que alcancen un nivel de vida adecuado. También el Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil²² y el Protocolo para

²⁰Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el art.27. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (20 de junio de 2020)

²¹LACHICA, E. (2010) “*Síndrome del niño maltratado: aspectos médico-legales*” Cuadernos de Medicina Forense, Vol.16. No.1-2, enero-junio, España, Málaga, pág 6.

²²Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Adoptado el 25 de mayo de 2000 en Nueva York.

prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños²³, que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional²⁴, y otros instrumentos de derechos humanos establecen medidas específicas de protección contra la violencia, las cuales no son facultativas; sino obligaciones inmediatas de carácter internacional.

Resulta oportuno hacer alusión, entre los instrumentos internacionales para la protección al menor de edad, a la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño en 1996²⁵, así como a la Decisión Marco del Consejo sobre la lucha contra la explotación sexual de niños y la pornografía infantil²⁶. De igual modo, cabe mencionar la amplia labor legislativa que se ha venido desarrollando en el seno del Consejo de Europa con el objetivo de regular el abuso sexual contra los infantes, y de ello son muestra la Recomendación del Comité de Ministros, R (91) 11, relativa a la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y la trata de niños, jóvenes y adultos, la Recomendación R (2001) 16, que regula protección de niños contra la explotación sexual, el Convenio sobre Ciberdelincuencia²⁷ y más recientemente el Plan de Acción adoptado en la Tercera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa, en el que se acuerdan una serie de medidas para poner fin a la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes como forma de maltrato infantil.

De lo anteriormente expuesto se puede apreciar que la protección a infantes y adolescentes ha estado marcada por el nivel de concientización de la sociedad y a su vez de los Estados, de brindar tratamiento y atención a aquellos menores que han sufrido violencia, bien sea física, psicológicamente o ambas. En la lucha contra este fenómeno han tomado partido todas las

²³Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado el 15 Noviembre 2000.

²⁴Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

²⁵Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, firmado el 25 de enero de 1996, tiene como objetivo promover los derechos de los niños, de concederles derechos procesales y facilitar el ejercicio de estos derechos por lograr que los niños sean informados y autorizados a participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial.

²⁶Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

²⁷Convenio sobre Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, suscrito en Budapest, indica las medidas que en el ámbito penal sustantivo deben adoptar los estados parte para combatir la pornografía infantil en todas sus modalidades.

naciones debido a las consecuencias sociales que el maltrato infantil, reflejado en la desprotección y el abandono, trae consigo; de ello dan fe los instrumentos jurídicos que en el marco internacional se han concertado con el fin de conceptualizar, prevenir y reprimir el maltrato infantil en todas sus vertientes.

Sin embargo, es de señalar, que el enfrentamiento a este fenómeno debe partir de una combinación dosificada de la política social y penal de los Estados y la Sociedad Civil, en un ponderado equilibrio que facilite la reducción del fenómeno a límites de inferior incidencia. Es por ello que el ordenamiento jurídico debe constituirse en acelerador para hacer confluir a las diferentes disciplinas y sectores con el objetivo de dar una respuesta interdisciplinaria e intersectorial al fenómeno que en esta investigación nos ocupa.

Los intentos por precisar el concepto de maltrato a menores, como se puede apreciar, son relativamente recientes, lo que determina la inexistencia de consenso social respecto a lo que puede constituir o no abuso infantil. Su conceptualización es consecuencia de un cambio en las relaciones de poder dentro de la estructura familiar y del reconocimiento de niños y adolescentes como sujetos de derechos. En las últimas décadas, la familia ha dejado de ser un reducto privado, gobernado por una autoridad que impone decisiones internas, para convertirse en centro de atención para el Estado. La antigua atribución romana del *pater familiae* de disponer de la vida de los hijos, es reemplazada por el actual poder del Estado de amparar la vida, la integridad y la personalidad de los integrantes de la familia; lo que haya su fundamento, principalmente, en la labor desarrollada por juristas y legisladores.

1.2 Elementos conceptuales del maltrato infantil.

Al ofrecer la definición del maltrato infantil, autores como OCHOTORENA & MARTÍNEZ-ROIG²⁸, señalan un conjunto de consideraciones que deben ser apreciadas para delimitar los aspectos conceptuales de este fenómeno. De esta forma, en sus estudios, han recalcado la amplitud o restricción de determinados aspectos del problema, para definir qué entender por maltrato infantil y qué no. A ello debe sumarse la contraposición o no con el concepto de “buen trato” en relación a los distintos modelos culturales, el grado de intencionalidad por parte del maltratado, entre otros. También señalan algunas definiciones vinculadas al maltrato

²⁸MARTÍNEZ ROIG, A & DE PAUL OCHOTORENA, J. (1993) *Maltrato y Abandono en la Infancia*. Editorial Martínez Roca, España, pág 21.

como lo son: la acción legal, la acción social y la toma de decisiones y otros aspectos como la percepción de la víctima y del maltratador del hecho abusivo. A su vez debe considerarse al momento de plantearse una definición del maltrato infantil la disciplina y ámbito profesional en la que se vaya a aplicar la misma.

Más recientemente autores como PEREA, A. Y LOREDO, A.²⁹ propusieron diversos parámetros que persiguen homogeneizar criterios a la hora de conceptualizar el maltrato infantil y que se pueden considerar como elementos básicos para el establecimiento de la definición. Señalan que resulta necesaria la identificación del agresor, esto es, determinar si el perpetrador es una persona, una institución o la sociedad en su conjunto, así como la forma de agresión que se comete, estableciendo si se trata de un maltrato por acción u omisión en contra del bienestar de un niño.

Debe considerarse que el maltrato puede ocurrir dentro o fuera del hogar, por ello, resulta oportuno establecer el lugar donde ocurre la agresión, a fin de poder trazar las estrategias de prevención a través de los mecanismos de control social, formal e informal. La intención, según estos autores, es una condición obligada en el fenómeno del maltrato, por lo que integraría estos parámetros para homogeneizar criterios.

Otro aspecto a considerar en la definición es identificar la etapa de la vida en la que tuvo lugar el maltrato, ya que el daño puede ocurrir antes y/o después del nacimiento, con consecuencias diversas en cada caso. El tipo de lesión, según la tipología de maltrato sufrida, y la repercusión que la agresión tiene en el menor, también reflejan el impacto del daño independientemente de la forma como es perpetrada, puede ser de expresión física, psicológica o social, en forma única o en combinación.

La definición de maltrato debe incluir al menos tres criterios: en primer lugar, la consideración de que una acción u omisión como “maltrato” depende, en numerosas ocasiones, de la edad del niño; en segundo lugar, que la situación psico-fisiológica del menor puede condicionar las consecuencias de la acción u omisión ejercidas sobre él, lo que puede conllevar a una relativización de la consideración del suceso como maltrato; y, en tercer lugar,

²⁹PEREA, A., LOREDO, A., TREJO, J., BÁEZ, V., MARTÍN V., MONROY, A. & VENTEJO, A. (2001) “El maltrato al menor: propuesta de una definición integral” *Boletín Médico del Hospital Infantil de México*, México, págs 58 - 258.

no se puede obviar que las secuelas derivadas de las conductas abusivas pueden ser no solo inmediatas y visibles, sino, que, por el contrario, las consecuencias más relevantes de los casos de maltrato infantil suelen ser las que afectan el desarrollo del menor a medio y largo plazo.

El abuso a menores es un fenómeno en el que coexisten varios elementos, entre los que se encuentran la asimetría de edad y el abuso de poder. El primero de estos elementos se puede definir como la diferencia de edad que existe entre el agresor y la víctima; mientras que el abuso de poder es definido como un factor necesario para el maltrato infantil, el que obtiene un rol dominante en el ámbito social³⁰.

Tomando como base la mayoría de estos elementos, los profesionales de distintas ramas del conocimiento han elaborado sus conceptos, que distan entre ellos en muchos aspectos, pero que coinciden al considerar al maltrato infantil como una conducta que atenta contra el normal desarrollo del menor y que trae aparejada innumerables consecuencias para él, para su familia y para la sociedad. Para tener una visión global sobre las dificultades que entraña la unificación del concepto de maltrato infantil, analizaremos las definiciones de los principales organismos nacionales e internacionales.

OCHOTORENA & MARTÍNEZ-ROIG, lo definen como *“Las lesiones físicas o psicológicas no accidentales ocasionadas por los responsables del desarrollo, que son consecuencia de acciones físicas, emocionales o sexuales, de comisión u omisión y que amenazan el desarrollo físico, psicológico y emocional considerado como normal para el niño”*³¹. Autores como VALENCIA JORGE³² señalan que se trata de *“Toda acción u omisión que provoca daño y pone en riesgo el desarrollo físico, social y/o emocional de un niño o adolescente, y considera que el maltrato está vinculado al ejercicio abusivo de poder, autoridad o fuerza por parte de los adultos que tienen bajo su responsabilidad niños y adolescente”* y finalmente, PÉREZ GONZÁLEZ, E., estima que el maltrato infantil *constituye aquella conducta que por acción u omisión, afecta el desarrollo y la calidad de vida de la población infantil*³³.

³⁰PÉREZ GONZÁLEZ, E. (2009) *El Testimonio Judicial Infantil. Método para su análisis forense*. Ediciones ONBC, La Habana, Cuba, pág 89.

³¹HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, E. (2004) *El maltrato infantil*. Editorial Ciencias Cubanas. La Habana. Cuba, pág 107.

³²ORIHUELA, M. (2015) *El maltrato infantil como elemento de formación integral en los niños de las familias en el barrio de Azana. Huancayo*. Universidad Nacional del centro de Perú, pág 55.

³³PÉREZ GONZÁLEZ, E. (2009) *El Testimonio Judicial Infantil. Método para su análisis forense*. Ediciones ONBC, La Habana, Cuba. pág 92.

La Convención de los Derechos de los Niños de Naciones Unidas (CDN, 1989) definió esta conducta como *“Toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, mientras que el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un tutor o de cualquier otra persona que le tenga a su cargo”*³⁴. Años más tarde, en 2006, la UNICEF señalaba que: *“Los menores víctimas del maltrato y el abandono son aquel segmento de la población conformado por niños, niñas y jóvenes hasta los 18 años que sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, sea en el grupo familiar o en las instituciones sociales. El maltrato puede ser ejecutado por omisión, supresión o transgresión de los derechos individuales y colectivos e incluye el abandono completo o parcial”*.

Actualmente la Organización Mundial de la Salud ha definido este fenómeno como *“Los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder”*³⁵. Señala a su vez que los adultos que han sufrido maltrato en la infancia corren mayor riesgo de sufrir problemas conductuales, físicos y mentales.

El Programa de Mejora del Sistema de Atención Social a la Infancia, por sus siglas (S.A.S.I.) dependiente del Ministerio de Asuntos Sociales de España, se refiere al maltrato infantil como: *“Los diversos tipos de situaciones, diferentes en su detección, etiología, tratamiento y prevención; pero similares en cuanto a algunas de sus características. Se pueden identificar como elementos comunes que: constituyen la manifestación y resultado de un conjunto de problemas que afectan el bienestar psicológico de los padres/tutores, y su entorno presente y pasado, afectan negativamente la salud física y/o psíquica del menor y comprometen su adecuado desarrollo y sus efectos negativos aumentan en intensidad a medida que la situación se cronifica o es más severa”*³⁶.

Una consideración final de los diferentes elementos presentados en este apartado permite catalogar al maltrato infantil como un problema social de alta complejidad en su descripción y

³⁴FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.V. (2014) *“Maltrato infantil: Un estudio empírico sobre variables psicopatológicas en menores tutelados.”* Tesis doctoral. Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológicos. Universidad de Murcia. España, pág 8.

³⁵*“Temas de Salud. Maltrato de Menores”*. OMS. Sitio Oficial. Recuperado de: <https://www.who.int/es>. (18 de mayo de 2020)

³⁶INTEBI, I.V, (2009) *Intervención en casos de maltrato infantil*. Colección de documentos técnicos No. 03, Editorial Dirección General de Políticas Sociales, España, pág 19.

alcance. Esta situación se refleja en la gran variedad de definiciones encontradas y en los diversos criterios empleados por los autores para establecer los límites precisos que el problema tiene, lo que nos hace adentrarnos en las tipologías específicas que adopta este tipo de conductas.

1.3 Formas específicas que adopta el maltrato infantil.

Todas las prácticas abusivas presentan un contexto de gravedad social innegable y reflejan por sí mismas una alteración básica en la función esencial de las relaciones sociales, pero, es quizás el maltrato infantil la conducta que provoca las mayores respuestas de rechazo e incompreensión. Un asunto que en décadas anteriores interesaba esencialmente al sistema judicial, se expande ahora a múltiples áreas del conocimiento de la sociedad, provocando que su análisis comprenda desde estudios socioeconómicos de intervención y prevención, hasta los de interés diagnóstico, técnicas, descripción de signos e identificación de sus más comunes formas de expresión³⁷.

El maltrato, puede abordarse desde diferentes perspectivas, siguiendo diversos criterios de clasificación. Por su carácter y forma se distingue entre el maltrato físico y aquel considerado psíquico o emocional. Según su expresión o comportamiento que lo origina se diferencian el maltrato por acción o maltrato activo, de aquel que implica la falta de acción, o por omisión, también conocido como pasivo.

Considerando también el ámbito de ocurrencia se podrá clasificar el maltrato en familia o extra familiar. Es esta última, una de las principales distinciones realizadas al identificar las formas de manifestación del maltrato infantil, pues ha contribuido a lograr una mayor comprensión del problema y a analizar las posibles consecuencias en la víctima. Cabe destacar, que el maltrato extrafamiliar, entendido como aquel que se produce fuera del ámbito familiar, puede ser dirigido hacia el menor como individuo o hacia la infancia como grupo³⁸.

El maltrato infantil, se manifiesta a través de cuatro formas o tipos, no excluyentes entre sí: el abuso físico, el abandono, el abuso emocional y el abuso sexual, y que servirán de guía en el análisis de la regulación que se ofrece en las normas penales cubana y española de este

³⁷PÉREZ GONZÁLEZ, E. (2009) *El Testimonio Judicial Infantil. Método para su análisis forense*. Ediciones ONBC, La Habana, Cuba, pág.11.

³⁸HERREROS, O. (2006) *Pedagogía Actual*. Chile, pág. 2.

fenómeno. A esta clasificación pueden sumarse la explotación económica o cualquier otra forma de acción u omisión que afecte el desarrollo y la calidad de vida de niños, niñas y adolescentes³⁹. Estas tipologías sintetizan las investigaciones realizadas por estudiosos del tema, entre los que se destaca el ya fallecido Doctor cubano, NÉSTOR ACOSTA⁴⁰, quien, tomando como antecedentes las ideas de autores como MEADOW, ZACHIA, ASCHER Y KEMPE, clasifica al maltrato infantil según diversos síndromes, que analizaremos a continuación y que nos servirán como referente en el análisis de la protección, que en la norma penal tanto cubana como española, se otorga a los menores víctimas de maltrato.

El primero de ellos es el *síndrome de abuso físico*, definido como la agresión corporal que se causa a un menor, que puede ser producida por una parte del cuerpo, un objeto o líquido manipulado de manera intencional por el agresor; es uno de los más frecuentes y antiguos. Su detección resulta fácil en tanto, como analizamos anteriormente, deja evidencias palpables.

Estrechamente relacionado a este, se encuentra el *síndrome del niño sacudido*, que se produce por fuerzas biomecánicas, acompañadas de fenómenos de aceleración-deceleración de la cabeza y masa encefálica, o del globo ocular, a las cuales puede añadirse el impacto sobre una superficie. Es la causa más frecuente de traumatismos craneoencefálicos graves en el lactante, antes del año de edad y se caracteriza por la ausencia de traumatismos externos, o por signos muy leves de maltrato. Fue descrito por vez primera por el radiólogo infantil J. CAFFEY en 1972⁴¹.

Otra de las formas específicas que puede adoptar el maltrato es el *síndrome de negligencia física y/o emocional*, caracterizado por el deterioro progresivo corporal y/o emocional del niño o el adolescente, por insuficiencia de atención y control de padres o tutores respecto a la formación y desarrollo intelectual del infante. Incluye la desatención de las necesidades básicas del menor. Otra modalidad de abuso o negligencia, según el propio autor, es el *síndrome de intoxicación no accidental*. El mismo se constituye según las causas que lo

³⁹PÉREZ GONZÁLEZ, E. (2009). *El Testimonio Judicial Infantil. Método para su análisis forense*. Ediciones ONBC, La Habana, Cuba, pág. 11.

⁴⁰ACOSTA TIELES, N. (1998) *Maltrato Infantil: Un reto para el Nuevo Milenio. 1era. Edición*, Editorial Científico Técnica, La Habana, Cuba, pág 56.

⁴¹RUFO CAMPOS, M. (2006) “El síndrome del niño sacudido. Shaken baby syndrome.” *Cuadernos de Medicina Forense*. No. 43-44, enero-abril de 2006. Málaga. España, págs 39 y 45.

originan, con repercusión en la morbilidad infantil intrahospitalaria; incluye el síndrome de intoxicación alcohólica.

Lamentablemente una de las formas más difundidas es el *síndrome de abuso sexual*, en el que centraremos esta investigación. En los últimos años se ha manifestado con tipos delictivos más modernos como consecuencia del empleo de las TICs. Implica el sometimiento de niñas, niños y/o adolescentes a actividades sexuales; sirviéndose de la incapacidad de estos sujetos para comprender a plenitud el alcance de sus actos.

Otra de las formas que adopta el maltrato, si bien se puede considerar que su presencia es poco frecuente es el síndrome de *Munchausen y Munchausen* por poderes. El término se introduce por vez primera en 1977; e incluía solamente las figuras del menor como víctima (que refiere patologías inexistentes) y del médico que seguía el caso. Al introducirse la expresión “por poderes” se adiciona la figura de (el perpetrador), que provoca e inventa síntomas sobre el menor y del que es responsable. De esta forma se puede definir este síndrome como: *la simulación de síntomas físicos patológicos en el niño, por parte del agresor, con el objetivo de obtener una ganancia ulterior*⁴².

En los últimos años, los profesionales encargados del estudio del tema, han hecho referencia a la existencia de una nueva tipología, el “maltrato institucional”, emanado de leyes, programas o procedimientos procedentes de poderes públicos o privados, de profesionales e instituciones, siempre que se quebranten o infrinjan los derechos del infante. Incluye la falta de agilidad en la adopción de medidas de protección o en la administración de recursos, la denegación de asistencia (sanitaria, social, educativa, judicial), así como la movilización para la guerra⁴³.

Las manifestaciones pueden ser muy diversas y afectar a un amplio conjunto de necesidades infantiles. Por ello los indicadores que se detectan pueden coincidir con los que describen otras tipologías de maltrato antes descritas y los criterios a analizar para valorar su gravedad

⁴²ARANDA, N. (2009) *Maltrato infantil. Violencia familiar y maltrato infantil. Introducción a la problemática del maltrato hacia los niños*. Universidad de Buenos Aires, Argentina, pág.4.

⁴³ARANDA, N. (2009) *Maltrato infantil. Violencia familiar y maltrato infantil. Introducción a la problemática del maltrato hacia los niños*. Universidad de Buenos Aires, Argentina, pág.4.

se relacionan con la continuidad y persistencia de los hechos y las consecuencias que han ocasionado o pueden provocar en los menores afectados⁴⁴.

También desde el punto de vista jurídico han sido ofrecidas clasificaciones, que engloban y se reconocen como formas de manifestación del maltrato infantil, y que nos guiarán en esta investigación. La primera de ellas, a la que haremos alusión, es el maltrato, o “abuso sexual”. Ha sido definido como la imposición de actos sexuales, que afectan la autodeterminación sexual de la víctima. En este sentido, resulta de interés destacar, que la generalidad de las legislaciones penales actuales, únicamente protegen como bien jurídico, ante estas conductas, la indemnidad o intangibilidad sexual del menor, no así su libertad sexual⁴⁵.

Esta modalidad de maltrato infantil se caracteriza, además, por la presencia de elementos de asimetría (edad, poder y/o autoridad que posee y ejerce el agresor sobre la víctima) que determinan el sometimiento de niñas, niños y adolescentes a estas conductas. Coherentemente con estas consideraciones, el abuso sexual puede manifestarse a través de diferentes figuras como el incesto, la violación, el acoso y la coacción, por solo citar algunas⁴⁶. Una forma particular de este tipo de maltrato, es la explotación sexual, la que implica el sometimiento de la víctima, por parte del agresor, al comercio carnal.

Los signos que con mayor frecuencia han sido identificados en infantes víctimas de maltrato sexual son: los cambios bruscos en la conducta escolar, el ausentismo escolar, la existencia de conducta agresiva, la depresión crónica, el retraimiento, el conocimiento sexual y la conducta inapropiados para la edad. También se suele detectar por la presencia de irritación, dolor o lesión en la zona genital así como el temor al contacto físico. Por último, resulta necesario tener en cuenta, que, la fuerza física no es, por línea general, inherente a este tipo de conductas, sino que solo está presente en un pequeño porcentaje de los incidentes de abuso sexual a niños y adolescentes.

⁴⁴“*Infancia y Familia. Tipología del Maltrato Infantil. Indicadores y Niveles de Gravedad*”. Recuperado de www.juntadeandalucia.es, pág. 11.

⁴⁵ARANDA, N. (2009). *Maltrato infantil. Violencia familiar y maltrato infantil. Introducción a la problemática del maltrato hacia los niños*. Universidad de Buenos Aires, Argentina, pág.5.

⁴⁶ARANDA, N. (2009). *Maltrato infantil. Violencia familiar y maltrato infantil. Introducción a la problemática del maltrato hacia los niños*. Universidad de Buenos Aires, Argentina, pág.5.

La clasificación de esta tipología de maltrato ha sido objeto de críticas recientes por parte de la Academia Española de Sexología y Medicina Sexual. Esta institución señala que también deben incluirse otras conductas por acción o por omisión (negligencia) que son también muy graves, tales como el no aceptar la identidad sexual o la orientación del deseo homosexual, que pueden ser tan graves o más que algunas formas de abusos sexuales⁴⁷.

Otra de las tipologías a mi juicio de gran connotación, por ser la de más fácil detección, es el “maltrato físico”, definido como *“toda agresión física, no accidental, que provoque daño físico, lesión o enfermedad” o como aquel maltrato para cuya consecución se emplea la fuerza física en forma desmedida e inapropiada. Esta forma de violencia trae aparejada la aparición de lesiones físicas en la víctima que pueden ser categorizadas de leves o graves*”⁴⁸. Algunos de los signos que determinan la fácil detección del maltrato físico son: la existencia de hematomas y contusiones, cicatrices, quemaduras o secuelas de ellas, fracturas o mordeduras, entre otros que activan rápidamente la alarma social sobre la existencia de una situación de desprotección del menor.

Una manifestación menos grave de la anterior lo constituye el “maltrato sutil” o “maltrato sin lesión”. Implica un atentado sutil contra la integridad física o psíquica del menor, sin dejar huellas perceptibles por los sentidos humanos. Algunas legislaciones penales, como la española, lo contemplan como “maltrato de obra”.

A diferencia del maltrato físico, el maltrato psicológico se caracteriza por su difícil detección, así como por la insuficiencia o carencia de mecanismos que en el orden legal sancionen estas conductas. La Asociación Internacional para la Prevención del Abuso y Negligencia Infantil define el “maltrato psicológico” como *“el fracaso en proporcionar al niño un entorno evolutivamente apropiado y de apoyo, incluyendo la disponibilidad de una figura primaria de apego, de forma que pueda desarrollar un conjunto estable y completo de competencias emocionales y sociales que corresponden con sus potencialidades personales en el contexto de la sociedad en la que vive. Puede consistir también en actos hacia el niño que le provocan o tienen una alta probabilidad de provocarle daño en su salud o en su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o*

⁴⁷“Academia Española de Sexología y Medicina Sexual. Nueva Tipología de Maltrato Infantil: el maltrato sexual.” (2015) *Revista Pediatría Integral*. Volumen XIX, Número 9, Noviembre 2015. Curso VI, pág 6. Recuperado de: www.academiadesexologia.es (04 de julio de 2020).

⁴⁸ARANDA, N. (2009) *Maltrato infantil. Violencia familiar y maltrato infantil. Introducción a la problemática del maltrato hacia los niños*. Universidad de Buenos Aires, Argentina, pág 4.

*social. Estos actos deben estar razonablemente bajo el control de los padres o personas que mantengan con él una relación de responsabilidad, confianza o poder. Los actos incluyen restricción del movimiento, patrones de rechazo, denigración, culpabilización, amenazas, inducción de miedo, discriminación, ridiculización u otras formas no físicas de tratamiento hostil o rechazante*⁴⁹

Por último, se analiza el “maltrato por omisión”, también denominado como maltrato por negligencia o por abandono. Se define a partir de la irresponsabilidad en que incurren padres y/o tutores al apartarse injustificadamente de las necesidades básicas del niño, atentando contra su desarrollo físico y/o psíquico. Son usuales en esta forma de maltrato, manifestaciones que se han convertido en parámetros de detección del fenómeno. Ejemplo de ellos lo son: la inadecuada alimentación, la vestimenta inoportuna, la desatención de las necesidades médicas e higiénico-sanitarias, los reiterados accidentes domésticos, la falta de control de situaciones peligrosas en el hogar y las inasistencias escolares reiteradas e injustificadas.

En la literatura pueden encontrarse otras modalidades, como la de niños testigos de violencia y la del Nivel económico; referidas, la primera de ellas, a aquellos infantes que presencian situaciones crónicas de violencia entre sus padres, pudiendo presentar trastornos similares a los que caracterizan a las víctimas de maltrato infantil; y la segunda, a la explotación de menores mediante la inducción a la mendicidad, a la actividad laboral obligatoria, incluyendo incluso, la “venta” del propio niño o de algunos de sus órganos vitales⁵⁰. Asimismo, aunque con menor frecuencia, puede identificarse el maltrato prenatal, definido como el crecimiento de los patrones neurológicos anormales provocados al concebido, como consecuencia del consumo de drogas por parte de la gestante.

Si bien las tipologías mencionadas pueden considerarse adecuadas desde una perspectiva didáctica y teórica, en realidad, es difícil encontrar casos que se amolden exactamente a los planteamientos descritos, siendo frecuente la presencia de situaciones que abarquen varios

⁴⁹ARRUABARRENA, M. I. (2011) “Maltrato Psicológico a los Niños, Niñas y Adolescentes en la Familia: Definición y Valoración de su Gravedad.” *Psychosocial Intervention*. Volumen 20, Número.1, abril-2011, Universidad del País Vasco, España.

⁵⁰ARANDA, N. (2009). *Maltrato infantil. Violencia familiar y maltrato infantil. Introducción a la problemática del maltrato hacia los niños*. Universidad de Buenos Aires, Argentina, pág.6.

subtipos. Cada manifestación de maltrato infantil trae aparejada consecuencias nocivas que atentan contra el normal desarrollo de los menores⁵¹.

1.4 Tratamiento que se ofrece a la víctima de maltrato.

Antes de introducirnos en las regulaciones jurídicas que existen sobre el maltrato infantil en España y Cuba, y en particular en la tutela a la libertad e indemnidad sexual de los menores, como eje de esta investigación, se ha de precisar, que desde épocas pasadas la mayoría de las miradas y atenciones han girado alrededor de la persona del delincuente, olvidando así la importancia que tiene el conocimiento y tratamiento de la víctima, por ser quien sufre los efectos de determinadas conductas criminales. Consecuentemente, es mínima la atención que se presta al sujeto pasivo del delito, tanto desde el punto de vista legislativo como doctrinal, en contraposición a los abundantes textos de todo orden que se centran en el autor de la infracción penal en el terreno de sus derechos y garantías.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, los estudios de los temas relacionados con la víctima comienzan a cobrar especial interés, sin embargo no todos los investigadores han hecho alusión al menor víctima, quien por su condición se encuentra en un especial estado de vulnerabilidad. Tampoco han tratado exhaustivamente el perjuicio que representa para el menor, la revictimización o victimización secundaria, como una nueva forma de sufrimiento, esta vez provocada por las acciones realizadas por los representantes del sistema judicial. Es por ello que en las últimas décadas, se ha enfatizado en la importancia que adquiere el proceso investigativo en el que participa un menor víctima, quien ha de obtener una efectiva protección, lo que se traduce, a su vez, en la eficiencia que ha de alcanzar el sistema judicial⁵².

En la legislación española se contemplan acciones proteccionistas en cuanto al testimonio ofrecido por el menor, al ser explorado por los especialistas correspondientes o al participar en el acto del juicio oral, en pos de evitar en lo posible, producirle otros efectos negativos a la víctima⁵³. Al propio tiempo, y a diferencia de otros países, en que no existe prerequisite

⁵¹HERREROS, O. (2006) *Pedagogía Actual*. Chile, pág. 3.

⁵²PÉREZ GONZÁLEZ, E. (2009). *El Testimonio Judicial Infantil. Método para su análisis forense*. Ediciones ONBC, La Habana, Cuba, pág. 10.

⁵³Los arts. 229.2 y 229.3 y 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los arts 433, 448, 707, 730, 731 bis y 797.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 26 de la Ley 4/2015 contienen un extenso marco de posibilidades donde se permite que el derecho de contradicción y defensa se ejercite de forma indirecta, mediando el juez o profesionales adecuados en la práctica de la declaración en los casos en que la víctima es un menor de edad.

alguno para aceptar la declaración de un niño como testigo en un juicio, sin que se exija tampoco la corroboración de su testimonio por un adulto, ni la evaluación de su competencia por el juez encargado del caso; las normas españolas establecen la posibilidad de grabar las declaraciones emitidas por las víctimas del delito, como medio para facilitar la recuperación del menor.

Este procedimiento posibilita hacer uso de las grabaciones ante la necesidad de realizar otros informes periciales; considerándolos como prueba preconstituida, y aportando fiabilidad probatoria y beneficios para el propio inculcado⁵⁴. De igual forma, repercute positivamente en la acción de la Justicia, "pues al quedar grabada la declaración al poco tiempo de que hayan sucedido los hechos, se evita (...) que la víctima no recuerde los hechos o los confunda, máxime a esa edad temprana"⁵⁵.

Sin embargo, en Cuba, la voluntad política existente relativa a garantizar al infante sus derechos fundamentales, y con ello su pleno desarrollo, no ha trascendido íntegramente al plano jurídico y, en especial, en lo que al derecho penal del menor como víctima concierne. Por cuanto es evidente, la presencia de menores víctimas de hechos delictivos, que aun cuando no se encuentran exentos de tutela jurídica, requieren mayor amparo en evitación de su posterior victimización, por quienes tienen la compleja tarea de investigar y juzgar procesos, en los que, desafortunadamente, estos concurren en calidad de víctimas. En este sentido, los operadores del Derecho cubano están desprovistos de herramientas eficaces, tanto en lo psicológico como en lo jurídico, que posibiliten la obtención de un testimonio del infante que, a la vez que cuente con la suficiente información respecto al hecho, provoque el mínimo de afectaciones psíquicas y traumas emocionales a quien lo ofrece.

⁵⁴FERNÁNDEZ BÁEZ, N. (2005) *Menores víctimas en el proceso penal cubano*. Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, pág.2.

⁵⁵COBO, A. (2017) "Un total de 26 menores ha testificado este año por casos de violencia de género a sus madres a través del sistema de grabación de prueba preconstituida implantado de forma pionera en Jaén en julio del año 2013 por la Delegación del Gobierno andaluz" *EUROPA PRESS*, de 23 de agosto de 2017. Recuperado de: <https://www.20minutos.es/noticia/3117939/0/total-26-menores-testifica-casos-violencia-genero-con-sistema-grabacion-prueba-preconstituida> (23 de junio de 2020)

2. EL BIEN JURÍDICO OBJETO DE PROTECCIÓN ANTE EL MALTRATO SEXUAL INFANTIL

Múltiples han sido los factores que, a lo largo del tiempo, se han podido precisar como potenciadores de maltrato sexual a menores en una determinada sociedad. Lamentablemente, este tipo de conductas, tiende a producirse con mayor frecuencia en ámbitos donde el menor suele sentirse protegido, o en los que se ha generado un ambiente de confianza y armonía. El notable incremento de esta tipología de maltrato, agudizado, a su vez por la expansión de las posibilidades de acercamiento e interacción con los menores, que propician las redes sociales, genera la alarma y consecuente respuesta del ordenamiento jurídico.

La especial lesividad de algunas conductas de aparición relativamente reciente en sede penal, tales como el *child grooming*, o el *sexting*, generan enconados debates en torno a su adecuada punición, sin descuidar el peligro que representan debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan. Si bien es cierto que la norma penal no puede reprimir todas las manifestaciones de esta tipología de maltrato, debe cumplir con el objetivo de sancionar aquellas conductas que son socialmente más reprochables, según los patrones socioculturales preestablecidos, y en observancia de los compromisos y acuerdos adoptados en el plano internacional.

Por ello, en un ámbito tan sensible como el de la libertad e indemnidad sexual de un menor, se requiere de una norma precisa, a tono con las realidades imperantes, que sin desvirtuar sus objetivos medulares, de respuesta concreta a los problemas que hoy sufre este sector de la población. Máxime cuando lo que está en juego son los derechos que le asisten al menor de no verse involucrado en un contexto sexual, sin que medie el consentimiento válidamente prestado, ni que le sea afectada su formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad.

2.1. El “normal desarrollo de las relaciones sexuales” en la norma cubana

El término “normal desarrollo de las relaciones sexuales”, ha estado presente en la normativa penal cubana desde el Código de Defensa Social de 10 de febrero de 1936. Pese a las modificaciones que el código penal actual⁵⁶ ha sufrido en 1994, 1997 y 1999, se puede afirmar que poco ha profundizado con respecto al tratamiento de la edad legal del consentimiento sexual de los menores, como veremos más adelante, así como en relación al bien jurídico al que ofrece protección ante las conductas que atentan contra el correcto desenvolvimiento sexual de los menores.

Definir el término “normal”⁵⁷ cuando nos enfocamos en la sexualidad no resulta tarea fácil, reiteradamente nos conduce a cuestionamientos tales como: ¿Normal? ¿Para quién, bajo qué circunstancias, en qué ámbito? pues una misma conducta puede ser reprimida con voracidad en algunas normativas y altamente ensalzada en otras. Esta tarea se vuelve especialmente ardua cuando lo que se pretende definir es el “normal” desarrollo de las relaciones sexuales de un menor. La ambigüedad del término puede generar confusiones en la interpretación y delimitación del bien jurídico que se pretende proteger de estas conductas, y que puede conducir a no penar conductas que vulneran realmente este bien jurídico y a sancionar otras que carecen de lesividad.

Impregnada de un profundo carácter tradicionalista y sexista, la norma sustantiva cubana actual, regula estas conductas en su Título XI, relativo a los “Delitos Contra el Normal Desarrollo de las Relaciones Sexuales.” Las figuras delictivas que contempla este título protegen tanto la libertad del sujeto de elegir de forma autónoma en el ámbito de la sexualidad lo referente a la excitación y satisfacción sin traspasar las barreras del Derecho Penal, así como de elegir su pareja y determinar la opción sexual que se prefiera en cada momento⁵⁸. Pese a que no dedica un título independiente a las agresiones y abusos sexuales contra

⁵⁶Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987 “Código Penal”. Gaceta Oficial de la República (3), Especial, 51.

⁵⁷La palabra normal proviene del latín *normalis*, dicese de lo que se halla en su estado natural, que sirve de norma o regla; de lo que por su naturaleza, forma o magnitud se ajusta a ciertas normas fijadas de antemano.

⁵⁸SILVA-GONZÁLEZ, J, PÉREZ-VÉLIZ, A & PÁEZ-CUBA, L. (2017) “*La formación del profesional desde el enfoque de género en el Derecho Penal cubano*” Revista de Educación y Derecho, No.16/Septiembre de 2017, Pinar del Río, Cuba, págs 12-18.

menores (como realiza la norma española) sí dispone un incremento de las sanciones en los casos en que estos se ven involucrados, como más adelante abordaremos.

Sin embargo, debemos tener en consideración que, por muy frecuente que resulte asociar la tutela sexual a la existencia o no de libertad en la toma de decisiones en sujetos adultos, cuando hablamos de menores la cuestión no puede limitarse a comprobar si ha habido acceso carnal o contacto sexual. En estos casos, según señalan algunos autores, la norma debe velar por que no se vulnere su derecho al desarrollo, sin injerencias que afecten un adecuado proceso de socialización⁵⁹.

Pues bien, otro dilema se genera entonces al delimitar, en sede de sexualidad de menores, qué entender por adecuado proceso de socialización, o proceso que obliga al hombre a hacer suyos los valores de la comunidad, dividiendo las conductas del ser humano en deseables e indeseables. Así, el menor incorpora a su ámbito sexual y reproduce las conductas que con más o menos acierto asimila la sociedad como correctas. Garantizar que este proceso de entendimiento, de incorporación, formación y aprendizaje de la sexualidad sea realizado sin interferencias indeseables será entonces el cometido de la norma. Todo ello nos conduce en otros términos, a encontrar similitud entre el “normal desarrollo de las relaciones sexuales” de la norma cubana y la indemnidad sexual que ofrece la norma española que analizamos a continuación.

Vale señalar que el legislador cubano ha ubicado en un capítulo independiente, que protege el normal desarrollo de la infancia y la juventud, conductas tales como la corrupción de menores y la pornografía infantil, que más adelante abordaremos. Ello no resta importancia al normal desarrollo de las relaciones sexuales que obviamente se verá afectado en modo particular ante estas conductas. Sin embargo, refuerza y condena con mayor severidad estas conductas que atentan contra un bien superior, o más amplio: la infancia o la juventud.

2.2. La “libertad e indemnidad sexual” en la norma española.

En la norma española, las conductas constitutivas de delitos de carácter sexual, así como el bien jurídico a proteger con su inclusión en la ley penal han evolucionado con el tiempo. Primeramente se consideró que estas conductas afectaban a la honestidad como valor, y por

⁵⁹COLECTIVO DE AUTORES. (2005) *Derecho Penal Especial, Tomo II*. Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, pág. 123.

consiguiente, era la honestidad el bien jurídico tutelado. Con la entrada en vigor de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, el bien jurídico a proteger evolucionó y se comenzó a custodiar la libertad sexual en vez de la honestidad⁶⁰.

Siguiendo esta línea, hacia un avance en la regulación de estos delitos, se produjo una primera reforma; de la mano de la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, que fijó la edad de consentimiento sexual en los trece años en lugar de los doce anteriores. Además, pasa a tutelar no solo la libertad sexual, cuando el delito se dirigiese contra un menor, al incorporar el término indemnidad sexual en la rúbrica del Título VIII.

Como acertadamente afirma MUÑOZ CONDE⁶¹, “mientras la libertad sexual refiere la capacidad de decisión del sujeto sobre sus relaciones sexuales, si quiere mantenerlas o no y en qué condiciones (vertiente positiva), así como su derecho a no llevar a cabo actividades de índole sexual si no es su deseo (vertiente negativa de la libertad sexual), la idea de indemnidad apela al derecho de las personas que no tienen (todavía o nunca) esa capacidad de decisión sobre su vida en materia sexual, pero cuyo correcto proceso de formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad ha de protegerse frente a injerencias de terceros, teniendo en cuenta el gran impacto que a determinadas edades puede tener un comportamiento vinculado al sexo que interfiera artificialmente en dicho proceso evolutivo.”

La STS 490/2015, de 15 de mayo define la indemnidad como: «*el derecho de esos menores a no verse involucrados en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad*»⁶². En palabras de DE LA MATA BARRANCO, la indemnidad sexual evoca la necesidad de proteger a menores de edad frente al riesgo de sufrir un daño en el desarrollo de su sexualidad que les impida, llegado el momento, ser realmente libres para decidir sobre ella. Eso es la indemnidad: la ausencia de daño en una situación en que se está en mayor peligro de poderlo sufrir⁶³.

⁶⁰MONGE 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*, Editorial Bosch, Barcelona, España, pág. 44.

⁶¹MUÑOZ CONDE, M. (2015) *Derecho Penal. Parte Especial, 20a edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, págs 187-189.

⁶²STS de 15 de mayo de 2015, ECLI: ES:TS:2015:490.

⁶³DE LA MATA BARRANCO, N. (2017) “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, Número. 19-10, pág 6. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-10.pdf> (12 de septiembre de 2020)

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el legislador suprimió la referencia al bien jurídico protegido, sustituyendo la mención a la indemnidad sexual por una más amplia: "actos de carácter sexual" con menores de dieciséis años. Evitaba así el posicionarse sobre el contenido de injusto, bien sea la libertad, indemnidad o correcto proceso de desarrollo sexual. Con acierto, para arrojar luz sobre el asunto, señala el TS, en su STS No. 320/2019, de 19 junio⁶⁴, que ello responde a una rectificación semántica, atribuible al sector encargado de la realización de la reforma. Consecuentemente, no modifica el criterio respecto a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido cuando el menor de edad es el destinatario un ataque de carácter sexual.

Hemos valorado el tratamiento que se ofrece al bien jurídico objeto de protección ante conductas constitutivas de maltrato sexual infantil en las legislaciones cubana y española. Analicemos a continuación cuáles han sido los derroteros que han seguido los legisladores de ambas naciones con relación al establecimiento de la edad de emisión del consentimiento válido en materia sexual.

⁶⁴ STS de 19 de junio de 2019, ECLI: ES:TS:2019:2099.

3. TRATAMIENTO LEGAL DE LA EDAD DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL DEL MENOR EN LAS LEGISLACIONES CUBANA Y ESPAÑOLA

La determinación del rango etario a proteger ante conductas que atentan contra la libertad e indemnidad sexual del menor ha sido un tema polémico en no pocas legislaciones. Tras la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, se ha insistido en considerar como niño a todo sujeto menor de dieciocho años. En el mismo sentido se pronunció el Protocolo Facultativo sobre la venta, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000⁶⁵ del que Cuba y España son ratificantes. Sin embargo, ambos instrumentos hacen referencia a la mayoría de edad, no a la edad para que se admita que se puede expresar un consentimiento libre, al menos en materia sexual⁶⁶.

Resulta interesante, partiendo de estas premisas, deslindar cuáles han sido los criterios que ha seguido el legislador, para fijar la edad del menor, con relación a la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual. Al propio tiempo valorar si su determinación se corresponde con los, cada vez más tempranos, acercamientos sexuales de niños y jóvenes.

Desde esta óptica, en el presente capítulo reflexionaremos en torno al tratamiento legal de la edad de menor, en la protección del proceso de formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad, así como la implicación que en ello han tenido, la adopción de instrumentos internacionales y la reforma operada tras la LO 1/2015, de 30 de marzo modificativa del CPE. En este sentido se valorará si responden a las realidades criminológicas, estadísticas y sociales de ambas naciones.

3.1. La determinación del rango etario a proteger en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en la vigente legislación española.

Adentrándonos en el tema, debemos señalar que la norma penal española, a la luz de la reforma operada con la Ley Orgánica 11/1999 estableció los trece años como edad a partir de

⁶⁵El citado Protocolo define en su art. 1 que: “(...)se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

⁶⁶Al respecto: 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*, Número. 21-20, pág 5.

la cual, una persona podía decidir libremente sobre su vida sexual, en el contexto de las agresiones y abusos de este tipo. Incrementaba de esta forma, en un año, la edad que previamente reconocía. Fue criticada en su momento por carecer de razón psicológica o biológica alguna que fundamentara la reforma, señalándose que respondía al único propósito legal de endurecer estos delitos⁶⁷.

Al propio tiempo, se señalaban como desaciertos la ausencia de explicaciones sustentadas en datos estadísticos de criminalidad que manifestaran la necesidad o conveniencia de elevar dicha edad. El cambio operado carecía de razonamiento o justificación adecuada, así lo demostraban los informes emitidos por la Secretaría general técnica del Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial que se inclinaban, respectivamente, por el aumento de la edad a los quince años o su permanencia en los trece, y que tampoco ofrecían argumentaciones sólidas que avalaran una u otra opción⁶⁸.

Con posterioridad, y mediante el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del CPE, de fecha 3 de abril de 2013, se elevaba la edad del consentimiento sexual a los quince años, siguiendo las recomendaciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, para mejorar la protección de los menores, particularmente en la lucha contra la prostitución infantil. Tras esta modificación arribó el Proyecto de LO de 2014 modificativa del CPE, en el que se indicaría escuetamente y con carácter genérico el incremento de la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años⁶⁹.

El tracto que siguió la norma española en el incremento de la edad del consentimiento sexual estuvo matizado por distintas posiciones, que en el fondo adolecían de los mismos defectos que la actual, esto es, un divorcio entre la realidad social y criminológica, y la carencia de fundamentación con bases psicológicas o estadísticas.

En este sentido, previa la reforma de 2015, un sector de la doctrina destacó *“la falta de claridad, la inoperancia de algunos de los tipos penales y la ineludible necesidad de*

⁶⁷MUÑOZ CONDE, M. (1999) *Derecho Penal. Parte Especial, 13a edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, pág 212.

⁶⁸DIÉZ RIPOLLES & ROMEO CASABONA (COORDINADORES), (2004) *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, págs 263 y 264.

⁶⁹DE 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*, Número 21-20, pág 61. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-20.pdf> (12 de septiembre de 2020)

armonización con el Derecho comparado”⁷⁰, y de este modo defendió como edad del consentimiento sexual los catorce años, sosteniendo que la misma se adaptaba mejor a la normativa de los países europeos. Autores como GÓMEZ TOMILLO⁷¹, situaban sus argumentos en la necesidad de hacerla coincidir con el umbral mínimo de la responsabilidad penal del menor, que establece la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Otras vertientes situaron la edad del consentimiento sexual en los quince años⁷², o incluso llegaron a considerar que no era hasta los trece años que el menor arribaba a la pubertad y por consiguiente antes de dicha edad debía gozar de absoluta protección⁷³.

Actualmente, con la promulgación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se modificó significativamente la denominada edad de consentimiento sexual en los delitos de abuso y agresión sexual, (que serán el objeto particular de esta investigación) elevándola a los dieciséis años. Esta reforma repercute también en otros tipos penales del Título VIII del CPE, al introducir incongruencias y dislates punitivos, que se analizarán más adelante.

El legislador, de este modo, acudió a una fórmula de derecho comparado para justificar el porqué de su determinación, señalando, en el Preámbulo de la norma, que España, hasta ese momento, establecían una de las edades más bajas del mundo, inferior a la de los países europeos que la sitúan en torno a los quince o dieciséis años. Se producía, de esta forma, una “transposición” de la Directiva 2011/93/UE⁷⁴, que ciertamente obligaba a los Estados miembros a “*endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil*”. Pero, obligaba este instrumento a elevar a los dieciséis años la edad del consentimiento? Responde esta edad a los cada vez más

⁷⁰ROPERO CARRASCO, J. (2014) “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, pág. 271.

⁷¹GÓMEZ TOMILLO, M. (Director) (2011) *Comentarios al Código Penal, 2da edición*. Lex Nova, Valladolid, España, pág 728.

⁷²COMPANY CATALÁ, J.M (2014) “La mayoría de edad a efectos de validez del consentimiento sexual”, en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, Número 206, págs 12-16.

⁷³ROPERO CARRASCO, J. (2014) *Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, pág. 266.

⁷⁴Esta Directiva fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea como «Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, sustitutiva de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo» y que el 21 de enero se publicó en el Diario Oficial de la Unión (nº L 018 de 21/01/2012 págs 0007-0007) una corrección de errores de la misma, en virtud de la cual pasa a ser identificada como Directiva 2011/93/UE.

tempranos encuentros sexuales de niños y adolescentes? Obedece a la realidad criminológica y social existente?

Pues bien, del análisis de la Directiva 2011/93/UE, se puede deducir que en la misma no se especifica una edad concreta que permita garantizar un consentimiento libre, sino que remite al derecho interno de cada estado. Consecuentemente el argumento de una posible transposición de la misma a la ley española carece de substanciación. El legislador español respondió a este llamado, sin atender a la coherencia interna del ordenamiento jurídico en la materia, y sin respetar los principios que, en todo caso, deben limitar la intervención del Derecho penal⁷⁵.

GARCÍA ÁLVAREZ, señalaba que el incremento de la edad hasta la que se protege de forma reforzada a los menores en el Capítulo II bis del CPE no tiene causa en la realidad criminológica, ya que en España la tasa de infracciones en materia sexual es más baja que la que presentan otros países europeos. Al propio tiempo refiere que, antes de la modificación del art.48 del CCE, por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se permitía, excepcionalmente, contraer matrimonio a los catorce años. Por consiguiente, se reconocía que éstos menores podían hacer vida marital y mantener relaciones sexuales sin que su pareja, aunque fuera un adulto, tuviera que responder por ello penalmente. Aunque, apartando este argumento, refiere que los niños y adolescentes se inician en edades cada vez más tempranas⁷⁶.

En materia de protección a la libertad e indemnidad sexual del menor, en la normativa penal vigente, como más adelante abordaremos, se acude a distintas edades, cuatro, dieciséis, dieciocho, lo cual hasta cierto punto es explicable, dado el ámbito sensible en el que se desenvuelven estas conductas. Sin embargo no se ofrece una explicación bien fundamentada, salvo aquellas que nos remiten a las demandas de la normativa internacional y, sobre todo,

⁷⁵GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) *La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la lo 1/2015, de 30 de marzo*, en Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 12. La reforma del Código penal a debate, Deusto Digital, Universidad de Deusto, Bilbao, España, pág 263.

⁷⁶GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) *La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la lo 1/2015, de 30 de marzo*, en Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 12. La reforma del Código penal a debate, Deusto Digital, Universidad de Deusto, Bilbao, España, págs 261-265.

porque las distintas edades se van utilizando en los distintos delitos sin uniformidad y contradictoriamente.

Si bien es cierto que con esta reforma la normativa española aproximaba más la edad legal a tutelar en materia de protección a la libertad e indemnidad sexual a las ya existentes en otros ordenamientos jurídicos, debemos considerar que, como acertadamente afirma DE LA MATA BARRANCO⁷⁷, no se aportaron explicaciones de psicología evolutiva o datos estadísticos de criminalidad que manifestaran la necesidad o conveniencia de elevar dicha edad. Al propio tiempo en muchos de los delitos que abordaremos más adelante no se corresponde con la realidad criminológica existente en el país, y tampoco obedece a la edad en la que actualmente los menores se inician sexualmente.

Especial preocupación denota la aplicación de la cláusula “Romeo y Julieta”, del art.183 *quater*, y a la que nos referiremos más adelante. En la misma se excluye la responsabilidad penal del autor ante los delitos previstos en el capítulo, siempre que se haya otorgado el consentimiento válido de todo menor de dieciséis años. Pese a que se exige la concurrencia de otras circunstancias “proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez”, resulta preocupante que el legislador no limite la edad mínima que, en estos casos, ha de reputarse como válida para otorgar el consentimiento.

En mi opinión, y considerando que hasta julio de 2015 se le reconocía al menor (entre los trece y los dieciocho años) una cierta capacidad de determinación en el ámbito sexual, que le permitía consentir válidamente relaciones sexuales completas, bien podría valerse el legislador de esta edad mínima (la de los trece) para determinar la validez del consentimiento en la regulación de este precepto. Dicho esto, pasamos a analizar el tratamiento que ofrece la norma cubana al respecto.

⁷⁷DE 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*. 2019, Número. 21-20, pág 61. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-20.pdf> (12 de septiembre de 2020), en igual sentido TAMARIT SUMALLA, J.M, (2002) *La protección Penal del Menor Frente al Abuso y la Explotación Sexual. Análisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía de Menores*, 2a edición, Cizur Menor: Aranzadi, pág 64.

3.2. La determinación del rango etario a proteger en los delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales en la legislación cubana actual.

En el caso de la normativa penal cubana, Ley No.62/1987, Código Penal de la República de Cuba, la edad del consentimiento sexual se sitúa en los dieciséis años. Su regulación es bastante parca y no destina un título específico a la protección de los menores que se encuentren en determinado rango etario, como realiza la norma española.

Ofrece un tratamiento poco uniforme, en cuanto a la edad legal en que considera que la víctima ha adquirido la madurez física y mental suficiente en el contexto de las agresiones sexuales. Consecuentemente, sanciona dichas conductas en correspondencia con cada tipo penal. La edad mínima a tutelar en sede de agresiones a la libertad sexual es variable en dependencia de si la víctima se encuentra entre los doce y catorce años, como ocurre en el delito de violación del art.298.2 c). En los supuestos de pederastia con violencia del art. 299.2 a) se tendrá en cuenta, para imponer una sanción superior, si la víctima es menor de catorce años o si lo es menor de dieciséis, ante ilícitos de Corrupción de Menores del art. 310 y sgts y de Venta y Tráfico de Menores del art.316 del CPC.

Tampoco el legislador cubano ha ofrecido argumentos sólidos que justifiquen el tratamiento legal de la edad en que el consentimiento sexual del menor resultaría válido. No se aprecia ninguna referencia a mismo en el preámbulo de la normativa, que poco o nada ha variado, desde su promulgación, con respecto al tema. Responde entonces la determinación de esta edad del consentimiento a motivos de índole social? A parámetros estadísticos preestablecidos? O simplemente obedece a la transposición de normativas internacionales al plano de la ley nacional, como se ha esgrimido en el caso de España?

Según informe emitido por Cuba en respuesta a las Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, en la que el órgano mostró preocupación por los índices de prostitución infantil en la isla, en la actualidad existe muy baja incidencia de este tipo de delitos y ello se debe fundamentalmente al carácter eminentemente preventivo de las políticas sociales y estatales cubanas. Afirman contar con una política de “Tolerancia Cero”, y destacan la ausencia de redes delictivas organizadas que estén radicadas en el territorio nacional⁷⁸. Todo

⁷⁸En el período comprendido entre mayo de 2017 hasta mayo de 2018, se juzgaron 21 casos por delitos de Corrupción de Menores, Venta y Tráfico de Menores y Proxenetismo y Trata de Personas, con rasgos típicos de

ello serían aspectos que “justificarían” la escasa movilidad de la norma con relación a la protección del menor en este sentido.

Sin embargo, la realidad se dibuja muy diferente, al ser considerada Cuba uno de los destinos de turismo sexual infantil más frecuentes para países como Canadá o España⁷⁹, y que se ha visto incrementado después del llamado período especial, con el aumento del turismo extranjero en la isla. La tolerancia social ante la prostitución en edades cada vez más tempranas, lamentablemente se aleja mucho de los argumentos que se esgrimen en informes internacionales. En mi opinión pasa por la falta de percepción de hasta que edad se es niño, matizada por la cada vez más temprana iniciación de los menores en prácticas sexuales.

La maternidad en edades prematuras habla de que la edad en que los menores se inician en la vida sexual⁸⁰ ya no es la que recoge el código, que en varios aspectos se encuentra hoy en un evidente divorcio con la realidad imperante. Ello nos conduce a determinar que la norma sigue este esquema de la edad del consentimiento siguiendo las pautas establecidas en el plano internacional.

Otra de las particularidades que distinguen las edades mínimas en Cuba, es la diferencia establecida entre la edad penal fijada a los dieciséis años y la edad civil que se enmarca a los dieciocho años. Consecuentemente, algunas disposiciones que en la norma civil se establecen generan contradicciones como lo son el establecimiento de la edad mínima para el consentimiento sexual a los dieciséis años y la autorización de casarse a los catorce años bajo circunstancias excepcionales. Este particular ha colocado a Cuba dentro de los países de América Latina con mayor índice de matrimonios a temprana edad⁸¹. Múltiples han sido los

trata de personas, según señala el: “Informe de Cuba sobre la Prevención y Enfrentamiento a la Trata de Personas y Protección a las víctimas (2017-2018)” (08 de enero de 2019) Recuperado de: <http://misiones.minrex.gob.cu/es/articulo/informe-de-cuba-sobre-la-prevencion-y-enfrentamiento-la-trata-de-personas-y-la-proteccion-> (21 de septiembre de 2020)

⁷⁹ “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención Observaciones finales: Cuba” (30 de mayo a 17 de junio de 2011) Recuperado de: www.acnur.org (20 de septiembre de 2020)

⁸⁰ Estudios realizados en la isla muestran que las edades de las primeras relaciones sexuales de nuestro grupo de estudio y encontramos como en el sexo femenino el 46,9% tuvo su primera relación sexual antes de los 15 años de edad mientras que 27,8% las inició entre los 15-17 años y 25,3% luego de los 17 años. En cuanto al sexo masculino el 26,9% comenzó sus relaciones sexuales antes de los 15 años, el 51,5% entre los 15-17 años y 21,5% luego de los 17 años. Al respecto: CUTIÉ J.R, LAFFITA, A & TOLEDO, M.(2005) “Primera relación sexual en adolescentes cubanos” *Revista chilena de ginecología y obstetricia*, Volumen 70, Número 2, Santiago. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-75262005000200004> (20 de septiembre de 2020)

llamados de atención que ha recibido la isla, de cara a eliminar estas asimetrías legales que generan incongruencias incluso con la propia norma penal.

⁸¹SEDLTZKI, V. (2016) “*Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe*”. Publicado Enero 2016. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ISBN: 978-92-806-4828-7, pág 57.

4. LA PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR VÍCTIMA DE MALTRATO SEXUAL EN LAS NORMATIVAS ESPAÑOLA Y CUBANA.

Corresponde ahora, analizar desde una perspectiva crítica la regulación que las legislaciones penales española y cubana han adoptado en materia de protección de la libertad e indemnidad sexual de los menores y el normal desarrollo de sus relaciones sexuales, respectivamente. Abordaremos de modo particular los delitos comprendidos en el Título VIII, Capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años” de la ley española, que han sido objeto de las modificaciones más recientes en la materia. Nos centraremos en estas figuras, pese a las reiteradas críticas que han sufrido por parte de la doctrina, pues considero que aún así pueden aportar aspectos positivos en la aplicación que de las mismas intenta realizar la norma cubana. Al propio tiempo repasaremos la evolución en el tratamiento y la regulación de estas figuras, delineando algunos aspectos que diferencian su aplicación en el sistema penal español y cubano, en aras de determinar las deficiencias que afectan a este último, de cara a una posible reforma legislativa al respecto.

4.1. La protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores en la legislación española actual.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, evidenció la intención del legislador de continuar afianzándose en la protección a la población infanto-juvenil. Se introdujeron nuevos tipos penales y se endurecieron las penas ya existentes. El legislador equiparó su norma al resto de los ordenamientos europeos, al dedicar, en el Título VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, un capítulo independiente a aquellos cometidos contra menores de dieciséis años.

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales se regulan actualmente, bajo esta rúbrica, en el Título VIII del Libro II del CPE, en los arts.178 al 194. Además, otros delitos no incluidos en ese título también hacen referencia a la libertad sexual o la protegen de forma más o menos explícita o directa. Respondiendo al objeto de esta investigación, centraremos nuestro análisis a aquellas conductas constitutivas de maltrato sexual infantil y que atentan

contra el adecuado proceso de formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de los menores.

En el Capítulo I “De las agresiones sexuales,” el legislador dedica espacio para regular estas conductas que, aunque no constituye el tipo de delincuencia sexual más frecuente⁸², es cierto que generan una mayor alarma social. El tipo básicos se regula en el art.178 y el cualificado (violación) en el art.179. Se prevé en el art.180.1.3 un incremento de la sanción a imponer en ambos casos, siempre que la víctima fuese una persona especialmente vulnerable por razón de su edad. En la actualidad ha de entenderse que esta vulnerabilidad debe afectar a víctimas mayores de dieciséis años, (y en nuestro caso menores de dieciocho) al otorgarse un tratamiento específico a las agresiones a menores que no superen dicha edad. Pese a las críticas de que ha sido objeto la tipificación actual del delito de violación⁸³, se puede señalar que con acierto no se aborda desde una perspectiva de género, como lamentablemente aún contempla la obsoleta norma cubana, con las consecuencias que ello trae aparejado, particularmente para los menores.

El Capítulo II “Los abusos sexuales”, del actual CPE, contempla en su art.181.1 las conductas constitutivas de este ilícito. Este precepto no ofrece particulares aspectos en relación a los menores como víctimas de estos delitos, por los motivos antes descritos. Sin embargo, vale decir que este es el artículo al que se recurrirá en los casos en que la víctima de acoso sexual (aún menor de edad) se encuentre entre los dieciséis y dieciocho años. Sí dispone, en el art.181.5 un incremento de la sanción a imponer, cuando concurren, las circunstancias del art.180.1.3, antes analizado.

El art.182 condena con pena de prisión de uno a tres años a quien, valiéndose del engaño o de una posición reconocida de confianza realizare actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho. No siempre fue este el rango etario que protegía el precepto, en 1995 se enfocaba en las víctimas mayores de doce años y menores de dieciséis, y en 1999 se modificó, elevándose la condición de víctima a todo menor de trece años. En

⁸²Sobre distintos datos estadísticos de los años 2014, 2015 y 2016, MARCO FRANCIA, M. (2018)“Sexualidad, violencia y Derecho penal”, en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Número. 130, págs 1 y sgts.

⁸³Véase FARALDO CABANA, P. (2019)“Motivos para una reforma del delito de violación en España” *Revista VLex, Serie Ciencias Penales y Criminológicas*, págs. 157-183. Recuperado de: <https://app.vlex.com> (16 de septiembre de 2020)

ambos casos también las reformas trajeron aparejados el incremento de las sanciones en los casos en que se produjera mediante acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal.

A la reforma de 2015 obedecen los cambios que transformaron este precepto en la regulación actual. Analizar el porqué de su incardinación como tipo penal independiente aún resulta dudoso, máxime si consideramos la existencia de un supuesto perfectamente abarcable (abuso de superioridad) en el apartado 180.4 de la vigente norma penal. Autores como DE LA MATA BARRANCO⁸⁴, argumentan que pudo haber tenido fundamento, en su día, en los supuestos de promesa matrimonial, pero ciertamente, en la actualidad carece de sentido.

Nos adentramos a continuación en el Capítulo II BIS, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”. Su regulación tal y como la conocemos ahora se introduce con la reforma de la LO 5/2010 que, hasta la reforma de 2015, hacía alusión a los menores de trece años. Pretendía el legislador de este modo, dotar de una cierta autonomía sistémica a aquellas conductas que ya se regulaban.

Varias críticas precedieron a esta reforma, en primer orden relativas a los motivos que fundamentaban el tratamiento legal de la edad escogida, que, como analizábamos previamente, carecía de fundamentos de índole psicológico, estadísticos o criminológicos que lo sustentaran. Al propio tiempo resultaba incomprensible la controvertida necesidad de abordar estos delitos en un capítulo independiente, así como que no se hubiera suprimido el considerado anacrónico abuso fraudulento del art.182, que encuentra cabida en el art.183.4 inciso d). Pues bien, analicemos ahora cada uno de los tipos penales que integran este controvertido capítulo.

El art.183.1 condena la realización de actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, con pena de prisión de dos a seis años. Desaparece aquí, como habíamos visto, la alusión a la indemnidad sexual como bien jurídico susceptible de protección, aludiendo entonces a “actos de carácter sexual”, lo que resulta positivo ya que, como bien señala

⁸⁴DE 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*. 2019, Número. 21-20, pág 11. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-20.pdf> (12 de septiembre de 2020), en igual sentido TAMARIT SUMALLA, J.M, (2002) *La protección Penal del Menor Frente al Abuso y la Explotación Sexual. Análisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía de Menores*, 2a edición, Cizur Menor: Aranzadi, pág 64.

GARCÍA ÁLVAREZ⁸⁵, permite superar la vinculación de los abusos sexuales a la realización de actos que atenten contra, concretamente, la indemnidad sexual de un menor de determinada edad. Al paralelo se amplía, como se ha analizado, el ámbito de aplicación de este precepto, al elevar a dieciséis años la edad del consentimiento sexual, aunque no fuera esta una exigencia concreta de la Directiva 2011/93/UE.

Con relación a las conductas que se incluyen en este tipo penal se ha pronunciado el TS, mediante la STS 378/2019, de 23 de julio, aclarando cuáles son las que se deberían incluir y sancionar por este precepto⁸⁶. En la propia sentencia refiere que no es necesario que se aprecie ánimo libidinoso en su realización para que se entienda tipificado el delito⁸⁷.

El art.183.2 sanciona la agresión sexual a víctimas menores de dieciséis años. Esta figura se caracteriza por el empleo de violencia o intimidación, se castiga por el delito de agresión sexual incrementando consecuentemente la sanción penal, que en esta ocasión será de cinco a diez años de prisión. Las víctimas que se encuentran entre los dieciséis y los dieciocho serán reconducidas a la regulación que de estos hechos ofrecen los arts.178 y 179, con la correspondiente variaciones en la sanción (si bien cabe la posibilidad de apreciar la agravación prevista en el art.180.1 CPE). Ello nos permite concluir que los menores de

⁸⁵GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) “La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la lo 1/2015, de 30 de marzo”, en Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 12. La reforma del Código penal a debate, Deusto Digital, Universidad de Deusto, Bilbao, España, pág 268.

⁸⁶«los actos de inequívoco carácter sexual, incluidos tocamientos en la zona vaginal o pectoral, idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, es decir su derecho a no verse involucradas en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad. Sin embargo, los besos, incluidos los besos en los labios, no revisten inequívocamente ese carácter sexual, pues son frecuentes en determinados ámbitos familiares, incluso sociales, sin que necesariamente impliquen un comportamiento lascivo, merecedor de condena penal.»

⁸⁷«En el delito de abuso sexual el ánimo libidinoso, aunque es normal que concurra, no es un requisito del tipo y, por tanto, su inexistencia no determina la ausencia de tipicidad de la conducta. Sirva de ejemplo la STS 897/2014, de 15 de diciembre, con cita de otra anterior número 494/2007, de 8 de junio, en la que se afirmaba que “(...) el tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica, a su vez, la conciencia de afectación del bien jurídico. Tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente la que lo explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que sea suficiente que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima (...)»

dieciséis años, reciben en este sentido, una protección más reforzada que aquellos que se encuentran entre dieciséis y dieciocho.

Se prevé, en el propio artículo igual sanción para el que, mediante violencia o intimidación “compeliere a un menor de esta edad a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o, a realizarlos sobre sí mismo”. Su introducción obedece a la reforma introducida por la LO 1/2015, a la que hemos hecho alusión anteriormente, y está en correspondencia con el comportamiento previsto en el art.3.6 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Sanciona una conducta de notable connotación, sobre todo por las implicaciones psicológica que entraña para los menores como víctimas, al introducir el supuesto en el que el sujeto activo compeliere al menor de 16 años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. Protege así la indemnidad del menor, en tanto basta que este realice actos de carácter sexual sobre sí mismo sin que intervenga un tercero para que se configure la conducta como típica.

Al respecto GARCÍA ÁLVAREZ⁸⁸ nos conduce a una interesante reflexión, con relación al tratamiento de las agresiones sexuales cuando es el sujeto obligado a acceder carnalmente, por las vías señaladas, o empleando miembros corporales. En el caso de ser un menor el sujeto pasivo, es claro que la norma lo entiende como agresión sexual, en cambio, igual conducta en un adulto ha sido considerada por la jurisprudencia (STS 1295/2006, de 13 de diciembre) como constitutiva del tipo cualificado por penetración, como violación, cuando, realmente, son hechos que no revisten la misma gravedad, ni deben ser castigados con la misma pena.

⁸⁸GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) *La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la lo 1/2015, de 30 de marzo*, en Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 12. La reforma del Código penal a debate, Deusto Digital, Universidad de Deusto, Bilbao, España, págs 269-272. Señala que: *se equiparan a las agresiones sexuales conductas como la automasturbación llevada a cabo bajo amenazas o violencia, las masturbaciones a terceros empleando los mismos medios, así como otras conductas en las que se obliga a un menor a llevar a cabo actos de naturaleza sexual con un tercero, si bien todo ello con ciertas matizaciones.*

Destaca que estas conductas (...) *podrán consistir, sin embargo, en que sea el menor el que, obligado a ello, accede carnalmente por la vía anal, vaginal o bucal al tercero o el que le introduce, obligado mediante violencia o intimidación, objetos o miembros corporales por alguna de las dos primeras vías.* Lo que, al decir de la autora refuerza la teoría de algunos autores que han venido calificando los supuestos en los que se obliga -con violencia o intimidación-al sujeto pasivo a acceder carnalmente por vía anal o vaginal a tercero como agresiones sexuales. Entre otros, MUÑOZ CONDE, M. (2013) *Derecho Penal Parte Especial*, pág 217, y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (2015) *Derecho Penal Parte Especial*, pág 580.

Siguiendo esta línea, coincido con la opinión de la autora, que señala debe apreciarse el art.183.2 y no el tipo cualificado del apartado tercero del propio artículo, que abordaremos seguidamente, cuando: se obligue a un menor de dieciséis años, mediando violencia o intimidación, a ser masturbado por un tercero oralmente; a introducir objetos o miembros corporales al tercero por vía anal o vaginal, y desde luego si a lo que se le obliga es a realizar actos de naturaleza sexual sobre sí mismo, es decir, conductas como la automasturbación, que pueden consistir simplemente en que una menor se toque a sí misma los pechos obligada, eso sí, por un tercero.

Por otro lado, el apartado tercero de este precepto, sanciona como modalidades agravadas; *el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*. En este supuesto el responsable será castigado con pena de prisión de ocho a doce años, en caso de atentar contra la indemnidad sexual del menor, y de doce a quince años en el supuesto de que se ejerza violencia o intimidación sobre el menor. Su regulación actual se mantiene en los mismos términos que la abordaban antes de la reforma de 2015, solo incrementa su ámbito de aplicación al extenderse a las víctimas menores de dieciséis y no trece años que antes tutelaba.

Las conductas previstas en los tres apartados anteriores (así dispone el art.183.4) se castigan con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior, cuando concurren alguna de las circunstancias cualificativas que describe. Nos referiremos única y brevemente a la prevista en el inciso a) el hecho de tener la víctima un escaso desarrollo intelectual o físico que le sitúe en una posición de indefensión y en todo caso ser la víctima menor de cuatro años. Su regulación no sufrió cambios con la reforma de 2015, sin embargo, una vez más el legislador español hace referencia a una edad “cuatro años”, que no aparece considerada en ninguna otra figura delictiva. Aunque su aplicación resulta perfectamente legítima, dada la especial vulnerabilidad de un menor de esa edad ante conductas de contenido sexual, tampoco esclarece el porqué de su elección. Como novedad se incorpora con esta reforma, en la redacción del inciso a), el hecho de tener la víctima un trastorno mental opción que no se había valorados tampoco en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013⁸⁹.

⁸⁹Al respecto: GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) *La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la lo 1/2015, de 30 de marzo*, en Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 12. La reforma del Código penal a debate, Deusto Digital, Universidad de Deusto, Bilbao, España, pág 272.

Otra de las modificaciones que llegó de la mano de esta reforma de 2015 fue la del art. 183.5. Según su redacción la conducta se tipifica cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente o funcionario público, en cuyo caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. La citada reforma exige que el sujeto activo del delito despliegue una conducta sobre el ofendido que posea carácter sexual, sustituyendo la mención a la indemnidad sexual, por una más amplia de “actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años”

Analizamos a continuación el tipo penal regulado en el art.183 bis, otra de las novedades adoptadas en 2015. Entre las modificaciones que sufrió este precepto, se sustituye la anterior expresión “hacer participar” por la de “determinar”, se elimina de forma coherente con su nueva ubicación sistemática, la referencia a los incapaces como posibles sujetos pasivos y se suprime la exigencia de que haya un perjuicio para la evolución o desarrollo del menor, dada la dificultad probatoria que implicaba. Mediante este precepto, por vez primera, se sancionan las conductas de “hacer presenciar” al menor en comportamientos de naturaleza sexual. Así, el mero hecho de presenciar actos sexuales computa la sanción de prisión de seis meses a dos años⁹⁰. De ahí que no resulte relevante, de cara a considerar el hecho como punible, si la participación del menor ha sido activa o pasiva.

Varios autores⁹¹ han cuestionado la necesidad de este precepto, apuntando que las conductas en el sancionadas bien podían ser abarcadas por el art.183, todo ello en dependencia del concepto de “acto de carácter sexual” que se adopte. También han puesto en duda la lesividad de las mismas, afirmando que: al tratarse de un delito carente de contenido lesivo respecto de un menor que ni es coaccionado ni tiene por qué verse afectado en sus bienes jurídicos por el mero hecho de tener relaciones sexuales⁹².” GARCÍA ÁLVAREZ, ha defendido la opinión de que en este

⁹⁰En cumplimiento de lo indicado en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de Lanzarote de 25-10-2007, cuyo art.22 ordena a los países firmantes "la adopción de las medidas legislativas pertinentes para tipificar como delito el hecho de hacer presenciar, con fines sexuales, a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 o del art. 18" Vale señalar que también estos cambios operaron tras la influencia 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 y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (art. 3.2).

⁹¹Entre otros, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2015). *Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP*, en GONZÁLEZ, CUSSAC, J. (Director), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, España págs. 616 y sgts.

⁹²DE 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*. 2019, Número. 21-20, pág 13. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-20.pdf> (12 de septiembre de 2020), en relación a

precepto de condene, únicamente, el hacer presenciar al menor de dieciséis años actos de naturaleza sexual; y, en su tipo cualificado, con sanción más elevada, el hacerle presenciar actos constitutivos tanto de abusos como de agresiones sexuales y, en tal caso, en respeto del principio de proporcionalidad, con distintos marcos penales⁹³.

Llama la atención, teniendo en cuenta que el precepto tutela actualmente sólo a los menores de dieciséis años, no, como en la regulación precedente a los “menores”, se convierte en el único caso en que se rebaja la tutela de la edad penal, sin ninguna explicación al respecto, salvo la que da la nueva ubicación del precepto, en el Capítulo II BIS (previsto para menores de dieciséis años) y no en el Capítulo V (previsto para menores de dieciocho años).

Abordamos a continuación el delito de acoso sexual cibernético o *child grooming*, previsto y sancionado en el art.183 ter del CPE. Se introduce por vez primera, con la LO 5/2010, con el cometido de adelantar la intervención penal, en relación con la comisión de los delitos de agresiones, abusos y pornografía contra menores de dieciséis años⁹⁴.

En su apartado primero sanciona la realización de propuestas para concertar encuentros con un menor, o contactar con este, a fin de realizar cualquiera de las conductas recogidas en los arts.183 y 189. En estos casos las propuestas pueden llegar a través de internet o de cualquier otra tecnología de la información y las comunicaciones, pero la propia norma exige que se acompañen de actos materiales encaminados a su concreción. Este apartado ha sido cuestionado, dado que, por más que el legislador pretenda anticipar la intervención penal, no

RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2016) *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, España

⁹³GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) “La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la lo 1/2015, de 30 de marzo”, en Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 12. La reforma del Código penal a debate, Deusto Digital, Universidad de Deusto, Bilbao, España, pág 277.

⁹⁴Estudios empíricos indican que los jóvenes que han recibido solicitudes sexuales por Internet presentan el doble de probabilidades de sufrir sintomatología depresiva y mayor uso de sustancias psicoactivas que los que no las han recibido, asociando a sintomatología depresiva con diferencias en las interacciones online y las prácticas de autodivulgación, que un 61% de los menores de dieciocho años víctimas de explotación sexual online tenían síntomas de trastornos psicopatológicos y que al 68% se les podía diagnosticar algún trastorno de los recogidos en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM-IV). Véase referencia en: DE LA MATA BARRANCO, N. (2017) “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, Número. 19-10, pág 7. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-10.pdf> (12 de septiembre de 2020)

puede castigar la mera sospecha, máxime si consideramos que no siempre se podrá determinar cuál ha sido la finalidad del acercamiento⁹⁵.

Por lo que, siendo coherentes, si no se debe castigar por meras sospechas, para poder aplicar este precepto sería necesario esperar, al menos, a que el acercamiento con el menor se materializara. Esto, sin embargo, privaría de autonomía al precepto, ya que pasaríamos a estar en el ámbito de aplicación de los delitos previstos en los arts.178 y sgts⁹⁶. Para esclarecer el asunto, sentando criterio jurisprudencial, se pronuncia el TS en la STS 109/2017, de 22 de febrero⁹⁷.

En el apartado segundo del art.183 *ter*, el legislador, en un intento de trasladar, una vez más, los preceptos de la Directiva 2011/93/UE⁹⁸, condena al que contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle, con el objetivo de que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.

Me refiero a “intento” pues en realidad introduce cambios con los que, por un lado, se desvirtúa el sentido del precepto y por otro, se puede terminar convirtiendo al menor embaucado en sujeto activo de un delito de pornografía infantil. De haber reproducido el tenor literal del precepto, en primer lugar la acción de embaucar, o engañar prevaleciendo de la

⁹⁵MENCOS FERNÁNDEZ, F. (2017) “*El ciberacoso a menores. “Online child grooming”*”. Trabajo para optar a la titulación de Máster. Universidad de Valladolid. España, pág 31.

⁹⁶GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) *La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la lo 1/2015, de 30 de marzo*, en Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 12. La reforma del Código penal a debate, Deusto Digital, Universidad de Deusto, Bilbao, España, pág 277.

⁹⁷«[...] se ha configurado un delito de peligro concreto que adelanta la protección de un determinado bien jurídico acudiendo a meras generalizaciones o abstracciones por el hecho de servirse para su ejecución del uso de las tecnologías de la información o comunicación, precisamente por el grado de facilidad que proporciona a sus autores al objeto de buscar a sus víctimas, ganar su confianza y conseguir que accedan a realizar los actos sexuales que el autor les propone. [...] Sin embargo la conducta preparatoria de recurrir a esta mecánica comisiva no tiene entidad por sí sola para configurar este delito como autónomo, ya que faltaría como complemento típico los actos materiales de acercamiento al menor. El legislador ha construido este nuevo tipo penal con la naturaleza de acto preparatorio para extender la conducta del sujeto agente al umbral de la *tentativa* del delito-fin» Véase en: STS de 22 de febrero de 2017, ECLI: ES: TS: 2017:109. Consecuentemente el adelantamiento de la tutela legal del menor a los actos preparatorios, siempre que vayan encaminados a propiciar la conducta punible, denotan una intención encaminada no solo a sancionar el hecho una vez cometido, sino a prever el resultado protegiendo a la víctima.

⁹⁸Art. 6.2: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”.

inexperiencia del menor, debe ser ejecutada por un sujeto adulto. En cambio el legislador aquí acude a la tradicional fórmula de “el que”, y con ello abre la posibilidad de que sea también, un menor el sujeto activo de esta conducta. Si bien deberá probarse la embaucación o engaño al que se somete a la víctima.

En segundo orden, la conducta a realizar por el menor, como consecuencia del embaucamiento, sería la de proporcionar material pornográfico en el que se representase a sí mismo, material elaborado con el propio menor engañado. Todo ello a fin de evitar prácticas tan extendidas como el *sexting*⁹⁹. Sin embargo el legislador va más allá, bastando que en el material contenga imágenes en las que se muestre o aparezca un menor, no ya el que ha resultado víctima de engaño -por su inexperiencia- para facilitar material pornográfico en el que él aparece representado, sino cualquier menor. Pese a haber podido tener las mejores intenciones al dar una regulación más amplia a este precepto, el legislador no toma en cuenta, que si el material pornográfico que se facilita no contiene al propio menor que ha sido víctima de engaño, en nada afecta esta conducta a su libertad e indemnidad física. Menos aun se corre el riesgo de chantaje o *cyberbulling*.

En el mismo sentido, resulta oportuno atender al análisis que realiza la Fiscalía General del Estado, en su Informe de 8 de enero de 2013. Señala que: si la inducción tiene éxito y el menor envía al embaucador el material pornográfico elaborado con otro menor o fotos de otro menor desnudo, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico (art.189.1 a) CP), castigado, además, con mayor pena.

De este modo, como con acierto afirma GARCÍA ÁLVAREZ¹⁰⁰, la apreciación del art.189 CPE tiene dos consecuencias obvias: permite que la previsión expresa de esta nueva conducta en el art.183 ter CPE haya de reputarse como innecesaria y que el menor embaucado que facilitó tal material pueda responder por dicho delito. Efecto perverso ya que el sujeto pasivo al que se pretende proteger en esta figura penal termina siendo autor de otro delito.

⁹⁹Término que deriva de la combinación de las palabras inglesas «sex» y «texting» (envío de mensajes), y con el que se alude al envío, por parte de menores, de mensajes o fotografías propias de contenido sexual a terceras personas, cuya problemática radica en que la posesión de fotografías sexuales de ese menor en manos de tercero (sobre todo si son adultos) puede derivar en chantajes o en *ciberbulling*.

¹⁰⁰GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) *La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la lo 1/2015, de 30 de marzo*, en Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 12. La reforma del Código penal a debate, Deusto Digital, Universidad de Deusto, Bilbao, España, pág 281.

Considero que pese a las críticas aquí versadas, y de las que continua siendo objeto este precepto, es válido señalar que la regulación de estas conductas, todavía novedosas en cuanto al empleo de las TICs y la diversidad en la casuística que genera, evidencia claros avances en la protección del menor como víctima. Su tipificación dentro de un título independiente, que protege especialmente a los menores vulnerables en determinado rango de edades y la consiguiente adopción de sanciones más severas, son expresión de la voluntad del legislador de adecuar la norma penal a las realidades existentes en aras de propiciarles una tutela eficaz.

Todo ello reviste especial importancia, si se tienen en cuenta la reprochabilidad del medio del que el autor intenta valerse, que facilita no sólo su anonimato y embaucación a través del engaño, sino la rapidez, agilidad y mayor alcance para consumir sus actos delictivos. A ello se suma la temprana edad de las víctimas y las consecuencias que, en el plano emocional, afectivo, psicológico y social, tienen este tipo de conductas delictivas en el menor¹⁰¹.

Finaliza el Capítulo II bis, con el art.183 *quater* CPE, también conocido en la legislación española como la denominada cláusula de “Romeo y Julieta¹⁰²”. Dispone la exclusión de la responsabilidad ante los delitos consignados en el capítulo, cuando el autor fuere una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez, siempre que se haya otorgado el consentimiento libre del menor de dieciséis años.

Su incardinación en la normativa penal vigente obedece a la ya cuestionada elevación de la edad para otorgar consentimiento sexual, tras la reforma legislativa operada en 2015. A través de este precepto se pretende dar solución a una realidad social imperante: la interrelación sexual cada vez más temprana de menores y adolescentes con personas, bien sea de su edad o mayores, y que, de otro modo, serían constitutivas de abuso sexual.

Por vez primera se reconoce la existencia de una presunción *iuris tantum* acerca de la capacidad de los menores de dieciséis años para consentir en el mantenimiento de relaciones sexuales, aunque no bastaría con el mero consentimiento, sin embargo la propia norma exige para dar validez al consentimiento del menor que la persona protagonista, sea una persona

¹⁰¹GUARDIOLA, M. “La figura del grooming y su regulación tras la reforma del Código Penal” *LEGALTODAY. Por y para abogados* .(12 de noviembre de 2015) Recuperado de: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal> (29 de junio de 2020)

¹⁰²Esta denominación es procedente del Derecho anglosajón, y hace alusión a la obra de Shakespeare en la que ambos protagonistas eran adolescentes enamorados.

próxima en edad, en grado de madurez y desarrollo al menor. De igual forma solo despliega su eficacia para los delitos sexuales incluidos en el propio capítulo.

De lo hasta aquí expuesto se desprenden una serie de críticas con respecto a la regulación de esta figura. En primer orden según el propio precepto, quedará excluida la responsabilidad penal ante la comisión de los delitos previstos en este Capítulo, siempre que medie el consentimiento. Consecuentemente, si analizamos todos los delitos que lo integran estaría asumiendo el legislador que el mero consentimiento bastaría para enervar la punición de conductas de carácter sexual en las que está presente la violencia o la intimidación, siempre que se cumplieran el resto de circunstancias que analizaremos.

Si controvertido resulta el establecimiento de la edad del consentimiento sexual en los dieciséis años, sin que se hayan aportado argumentos de peso que justificaren su determinación, mayor alarma provoca el hecho de que, en este artículo, el legislador estime válido el consentimiento de todo menor de esta edad, siempre que concurren dichas circunstancias. Oportuno y procedente hubiera resultado establecer un límite mínimo de edad en que se reputase válido el consentimiento, que bien podría tomar en consideración las edades consideradas en legislaciones precedentes y que no se desvirtuara de la realidad de los adolescentes de hoy.

Especial atención se genera en torno a las circunstancias que impone el legislador para que se estime procedente esta figura. En primer lugar excluye la responsabilidad penal por los delitos contenidos en este capítulo en que el autor sea “una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”. Es claro que no resulta tarea fácil determinar ni el grado de desarrollo ni la madurez de un individuo, su determinación puede generar no solo genera un amplio margen de incertidumbre, sino también efectos perversos¹⁰³.

Hasta aquí el análisis que del Capítulo II BIS, del Título VIII del CPE vigente. Abordaremos a continuación y de forma muy breve, otros tipos delictivos establecidos en el propio título y que protegen a la víctima de maltrato sexual, al producirse un incremento de las sanciones

¹⁰³GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) *La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la lo 1/2015, de 30 de marzo*, en Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 12. La reforma del Código penal a debate, Deusto Digital, Universidad de Deusto, Bilbao, España, pág 284.

previstas en caso de perpetrarse contra un menor de edad, extendiendo el rango de protección a los menores de dieciocho.

Encontramos, de este modo, que en el Capítulo III “Del acoso sexual”, art.184, que sanciona al que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

En su apartado tercero, se elevan los límites de la sanción de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado segundo de este artículo cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad.

En el Capítulo IV “De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, art.185 se sanciona a quien ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de “exhibición obscena” ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El término exhibiciones obscenas, tiende a asociarse con el de exhibicionismo, acuñado por la psiquiatría y la criminología. La conducta punible solo se configura si se realiza en presencia de un menor como sujeto pasivo. Ello obedece a la especial protección que se ofrece a la indemnidad sexual y el correcto proceso de formación de la personalidad y sexualidad del menor, que se verían particularmente afectadas con estas conductas.

En el art.186 se condenan las conductas de vender, difundir o exhibir material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Debe entenderse que este precepto, al igual que el anterior se refiere a los menores entre dieciséis y dieciocho años, como resultado de la elevación de la edad protegida tras la reforma de 2015 y consecuente ampliación del círculo de sujetos pasivos. Sin embargo, esta afirmación genera dudas si se trae a colación el antes citado art.183 *quater* CPE, que excluye la responsabilidad penal cuando media el consentimiento de un menor de dieciséis años, concurriendo las circunstancias ya analizadas. De este modo se pretende proteger al menor, con independencia de su voluntad frente a las conductas de exhibicionismo (que pueden formar parte, incluso, del preámbulo de la relación sexual a la que se consiente), así como frente a la divulgación o exhibición de pornografía; disparidad de trato esta de difícil justificación¹⁰⁴. Por ello, algunos autores han

¹⁰⁴GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) “La nueva regulación de los delitos” *Ibidem*, pág 289.

apuntado la necesidad de abordar un precepto similar al 183 *quater* en este capítulo, para dejar exento de punición aquellas conductas de exhibicionismo o divulgación de materiales pornográficos que cuenten con el consentimiento válido del menor.

En igual sentido, debe valorarse la posibilidad de no apreciar estas figuras cuando, por la corta edad del menor le impidan comprender la trascendencia de los actos de los que es objeto. Cabe entonces valorar la difícil afectación de la indemnidad sexual del menor, cuando este, no es capaz de discernir la naturaleza de los actos en que se ve envuelto.

Analicemos ahora el Capítulo V “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores” En cuanto a los delitos relativos a la prostitución, de los arts. 187 y 188, se agradece como acierto de la reforma de 2015, que la norma establezca una distinción tajante entre la prostitución infantil y la de los adultos, que, hasta la fecha no se había realizado. Así, esta última se aborda en el art.187 y la prostitución infantil en el artículo subsiguiente.

En el art.188.1 CPE se sanciona al que *induzca, promueva, favorezca o facilite* la prostitución de un menor de edad¹⁰⁵. Se incorporan también las conductas de *lucrar y explotar* llevadas a cabo con la misma finalidad, debe señalarse que en estos caso, aunque el legislador no define concretamente el lucro, éste debe ir aparejado de un enriquecimiento tal que conlleve a la explotación.

Se castigan con igual pena tanto la conducta de explotar como la de determinar a un menor a prostituirse, a diferencia, de lo que sucede con los adultos del art.187, en cuyo caso se establece una sanción relativamente menor para la explotación. Algunos autores señalan que esta regulación ofrece igual punición ante conductas de diversa gravedad, lo que va en detrimento del principio de proporcionalidad de las penas. Argumentan que se imponen sanciones muy elevadas en comparación con las previstas para otros delitos que afectan bienes jurídicos tan importantes como la indemnidad sexual o la integridad corporal. De esta

¹⁰⁵Para esta conducta, según el art.188.1 y sgts del CPE, la pena a imponer será de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Se condenará con una pena superior de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses cuando la víctima es menor de 16 años y de cinco a diez años si el hecho se cometiera empleando violencia o intimidación, según el art. 188.2. una vez más, el legislador español marca rangos etarios dentro de la propia minoría de edad establecida, a la hora de imponer condenas ante estas conductas.

forma sostienen que se aplica el incremento punitivo como respuesta a compromisos sostenidos en el marco de convenios internacionales¹⁰⁶.

En el apartado segundo, se recoge un tipo cualificado que recrudece las sanciones a aplicar en el apartado primero, cuando se lleven a cabo mediante violencia o intimidación. Contempla sanciones diversas en dependencia de si la víctima es menor de dieciséis años o si se encuentra entre los dieciséis y los dieciocho. Otro tipo cualificado se prevé en el apartado tercero, que al igual que el anterior conllevará a la aplicación de sanciones superiores siempre que concurren algunas de las circunstancias previstas en él.

El art.188.4 CPE prevé sanciones para aquel que “solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”. Sanciona con ello al cliente de estos servicios, logrando delimitar las conductas de *inducir* o *promover* la prostitución, de estas otras de evidentes diferencias, y que, con acierto merece una sanción inferior. Pero también debe significarse que se prevén entonces iguales sanciones para quien obtenga la relación y quien solamente las haya solicitado, sin llegar a obtenerla, lo cual es bastante discutible. Creo, en este caso, corresponde la tarea a quien, antes de juzgar (teniendo un marco sancionador que le permite moverse entre uno y otro extremo) podrá romper con la equiparación punitiva que ha establecido el legislador en la norma.

Por último en el art. 188.5 se establece la aplicación de las penas establecidas sin perjuicio de las que correspondan ante infracciones contra la libertad e indemnidad sexual cometidas sobre menores. Deja claro que la relación de estas infracciones será la del concurso de delitos.

Siguiendo el orden normativo, corresponde analizar los “Delitos relacionados con la pornografía infantil y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, que regula el art.189 CPE. Sin ánimos de analizar en profundidad cada uno de las figuras que se incardinan en este precepto, debido a la extensión a cumplir en este trabajo, me referiré puntualmente a las contenidas en el art.189 del apartado primero al quinto, todos de controvertida apreciación en la norma española y de novedad para la legislación cubana.

¹⁰⁶VIVES ANTÓN, T. S. (2015) “Derecho y Sociedad” *Revista Jurídica. Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*. Número 17/2015, 1ª edición, Tirant Lo Blanch Jurídico, Valencia, España, pág 69.

Contentivo de ocho apartados, en una extensa y casuística regulación el art.189, apartado primero, incisos a) y b), protege a los menores que se encuentran entre los dieciséis y dieciocho años de edad. La primera de las conductas que sanciona es la de “captar o utilizar” a un menor con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

Algunos autores han señalado con respecto a la captación que amplía excesivamente el ámbito típico del precepto¹⁰⁷. La utilización, en cambio, no ofrece dudas de interpretación, pero es válido apuntar que la intervención del menor en el espectáculo debe ser directa, ya que no basta que ostente un papel subalterno, de carácter no sexual, para que se entienda configurado este delito.

Mayores inconvenientes genera el término “elaboración” de material pornográfico. Cabe preguntarse si sería procedente apreciar delito en los casos en que el sujeto pasivo se encuentre entre los dieciséis y dieciocho años, edades estas, en que ya pueden disponer libremente de su vida sexual. Al respecto se pronuncia la Fiscalía General del Estado, en su Informe de 8 de enero de 2013, sugiriendo ampliar la previsión del 183 *quater* a estos casos, apuntando que carecen de antijuridicidad que fundamente su punición.

Las diversas conductas reguladas en este inciso van encaminadas a proteger la indemnidad sexual del menor. Al ser esta un bien jurídico individual, debe apreciarse con relación a cada uno de los sujetos pasivos que se vean involucrados en tales actos. Por lo que se apreciarán tantos delitos como menores hayan participado en la elaboración de dicho material.

En el 189.1 b), se sancionan la producción, venta, distribución, exhibición u ofrecimiento de pornografía infantil, así como la facilitación de cada una de estas conductas y la posesión de materiales con estos fines. Con relación al ofrecimiento de pornografía infantil, se ha apuntado que también en estos casos el legislador amplía excesivamente el ámbito de aplicación. Puede ofrecerse un material pornográfico “hipotético” que aún no se haya elaborado y se castigaría nuevamente un mero acto preparatorio de difícil prueba¹⁰⁸.

¹⁰⁷Como señala GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) “La nueva regulación de los delitos” *Ibidem*, pág 299. “(...) puede ocurrir, por ejemplo, que se capte a un menor para elaborar material pornográfico unos meses antes de alcanzar la mayoría de edad, y que tal elaboración se lleve a cabo cuando haya cumplido los dieciocho años, por lo que no se habría puesto en peligro bien jurídico alguno del menor”

¹⁰⁸MUÑOZ CONDE, M. (2015) *Derecho Penal. Parte Especial, 13a edición*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, pág 227.

En este caso la protección irá enfocada a los menores que no superan los dieciséis años de edad y, a diferencia del apartado anterior, protege, como tipo de peligro¹⁰⁹, la indemnidad sexual de los menores en sentido general (no individual) por lo que no se apreciará por cada sujeto en concreto.

El art.189.1 b) *in fine* ofrece una definición conceptual de pornografía infantil, incluyendo las denominadas pornografía infantil técnica y la virtual. Vale decir que no resulta una tarea fácil conceptualizar el término y por consiguiente ha sido objeto de varias críticas por la falta de claridad en su redacción. Sin embargo de la misma se puede concluir que la pornografía infantil estará integrada por aquel material que incorpore a un menor real en una conducta sexual explícita principalmente sexuales¹¹⁰.

En el art.189.2 se incorpora el tipo cualificado que eleva la sanción a imponer, en este caso de cinco a nueve años, cuando concurren las circunstancias en él prevista. En el inciso a) el legislador vuelve la mirada a los menores de dieciséis años, así, en caso de que se vean involucrados en las conductas descritas en el art.189.1 a) o b) se prevé la sanción superior señalada. Sin embargo, resulta inexplicable que la propia norma dote de peso al consentimiento sexual emitido por un menor, en el art.183 *quater*, y en estos casos proceda a sancionar más severamente los supuestos en que éstos se vean inmersos, aun cuando medie consentimiento válido. Una vez más quedaría excluida la antijuridicidad que justifica la punición en estas conductas.

Un tipo cualificado llega de la mano del art.189.3, que prevé el incremento de la sanción en los casos en que se hubieran cometido los hechos del 189.1 a) con violencia o intimidación. En el 189.4 se castiga a quien asista a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad, considerando, de este modo, que con la punición de estas conductas se evitaría la proliferación de estos actos, cosa bastante cuestionable. Lo cierto es que no queda claro que con la asistencia a este tipo de espectáculos, sin ir más allá, se afecte ni la indemnidad del menor, por ello esta figura resulta bastante controvertida.

¹⁰⁹Al respecto Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado pág 30.

¹¹⁰Véase al respecto GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) “La nueva regulación de los delitos” *Ibidem*, pág 302 y BOUYSSOU N, I. (2015) “Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil” Trabajo para optar a la titulación de Doctor en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla, Sevilla, España, pág 36.

El apartado quinto, primer párrafo, va más allá en la punición de estas conductas, extendiéndola a la adquisición o posesión para uso propio de pornografía infantil, el llamado “delito solitario”, la pena a imponer es de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años. En su párrafo segundo, sanciona de igual modo a quien, a sabiendas, tenga acceso a materiales de esta índole.

Se produce un endurecimiento punitivo, en mucho casos cuestionable, como señala GARCÍA ÁLVAREZ¹¹¹“(…) es criticable el que se castigue la simple “posesión” para uso personal de material pornográfico elaborado con menores, sin ni siquiera hacer distinciones según la edad de los menores implicados (...) aunque (...) de un modo indirecto el consumidor del material pornográfico en el que se haya utilizado a menores, favorece la venta y difusión de este tipo de material, tampoco es menos cierto que se están criminalizando conductas que, por inmorales que parezcan, no afectan directamente al bien jurídico protegido en este delito.

Dicho esto, se puede entender la voluntad del legislador de punir más severamente estas conductas, visto que los índices de ocurrencia de este delito se han visto incrementados en los últimos años. Este incremento se debe en gran medida al empleo globalizado de los medios y tecnologías de la información. La rapidez de acceso en el contenido, el anonimato del sujeto comisario y la posibilidad de llegar a un mayor número de víctimas, unido a que por lo general este tipo de contenidos coexiste subrepticamente en los portales web, lo convierten en una amenaza real y palpable a los derechos y libertades de nuestros menores¹¹².

Según señala BOUYSSOU N., «[...] hoy en día nos encontramos con diversas formas de pornografía que se han alejado de su función erótico-sexual, llegando a la criminalidad sexual, que en cuanto tal, independientemente de que exista un poder económico-político de trasfondo, merece ser atendida, pues están en juego los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes»¹¹³. Por ello, el marcado interés que reviste la regulación penal de las conductas que lo tipifican, en aras de

¹¹¹GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) “La nueva regulación de los delitos” *Ibidem*, pág 309.

¹¹²Un ejemplo reciente de las dimensiones descontroladas que ha adquirido este fenómeno ha sido la detención en Alemania de más de treinta mil sospechosos de participar en una red de abuso a menores, investigados por delitos que van desde la difusión y posesión de pornografía infantil a abusos concretos. Según señala el diario *La opinión de Murcia* (2020) “Más de 30.000 sospechosos en una red de abusos a menores en Alemania” Efe-Berlín. 29 de junio de 2020. Recuperado de: <https://www.laopiniondemurcia.es/internacional/2020/06/29/30000-sospechosos-red-abusos-menores/1125052.html> (08 de julio de 2020)

¹¹³BOUYSSOU N, I. (2015) “Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil” Trabajo para optar a la titulación de Doctor en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla, Sevilla, España, pág 106.

garantizar una protección lo más cercana posible a las necesidades que demanda la realidad imperante.

Otra de las conductas que por su extensión al ámbito sexual analizamos dentro de esta tipología de maltrato infantil, es la regulada en el Título X "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio" en el art.197¹¹⁴. Una de las problemáticas que enfrenta la protección de estos derechos constitucionalmente refrendados es la rápida evolución de las tecnologías que han posibilitado la aparición de diversas situaciones de hecho que presentan una tipificación compleja.

Su inclusión en la norma penal actual obedece una vez más a la reforma operada en el 2015, con el objetivo de dar respuesta a un conjunto de situaciones que quedaban impunes al no encontrar un precepto penal adaptado que permitiera su punición. Adentrándonos en los elementos del tipo, la conducta a sancionar debe ser la de *difundir, revelar o ceder a terceros* imágenes o grabaciones audiovisuales. Esa difusión o divulgación debe haberse realizado sin el consentimiento de la víctima y ello aunque las imágenes hubieran sido obtenidas con la anuencia de esta, en su domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Un aspecto importante es que la divulgación debe menoscabar gravemente la intimidad de la víctima¹¹⁵.

La viralidad, globalización y omnipresencia de las TICs hace que la pérdida de control de una imagen genere disímiles peligros. El uso indebido de las mismas para fines ajenos a los previstos, puede provocar la pérdida de autoestima o la lesión en la reputación de la víctima, daño a su imagen, problemas y desórdenes emocionales, afectivos y psicológicos, así como la exclusión social, vergüenza, remordimiento y riesgos como la pérdida de credibilidad y la vulneración de la dignidad entre otros¹¹⁶.

¹¹⁴Art.197: Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

¹¹⁵GUARDIOLA, M. (2016) "El sexting: nuevo tipo penal introducido tras la reforma del Código Penal" *Revista digital LEGALTODAY. Por y para abogados*, de 11 de enero de 2016. Recuperado de: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/el-sexting-nuevo-tipo-penal-introducido-tras-la-reforma-del-cp> (08 de junio de 2020)

¹¹⁶GUARDIOLA, M. (2016) "El sexting: nuevo tipo penal introducido tras la reforma del Código Penal" *Revista digital LEGALTODAY. Por y para abogados*, de 11 de enero de 2016. Recuperado de: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/el-sexting-nuevo-tipo-penal-introducido-tras-la-reforma-del-cp>. (08 de junio de 2020)

El apartado quinto de este artículo conduce a la imposición de la pena prevista en su mitad superior cuando, entre otros supuestos, las conductas descritas afecten la vida sexual de la víctima, o la misma fuere un menor de edad. Ofrece por tanto, una especial protección en los casos en que se ve involucrado un menor en este tipo de conductas.

El art. 197.7 dispone que: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.” Ofrece, de igual forma, protección a la víctima menor de edad, en su apartado segundo, al disponer un incremento de la sanción en su límite superior.

El análisis literal de este precepto genera inconvenientes con relación a aquellos supuestos en los que lo que se revela, difunde o cede es un archivo de audio, una captura de pantalla, o grabaciones de video que no contengan audio. En estos casos, en los que del tenor literal se deduce que no encajarían en el tipo penal previsto, habría que acudir a la razón última de este artículo, que es la salvaguarda de la intimidad de la persona del art. 18 de la Constitución española¹¹⁷.

La defectuosa técnica jurídica empleada en la redacción de este precepto, ha motivado al TS a pronunciarse por vez primera sobre su esclarecimiento, en su STS 70/2020, de 24 de febrero¹¹⁸, que, por sentar base jurídica al respecto, reproducimos en parte. Las

¹¹⁷ARNAÍZ, J. (2017) “El sexting en el código penal español”, *Revista digital La Ley* de 12 de junio de de 2017, Recuperado de: <https://ecija.com/sala-de-prensa/sexting-codigo-penal-espanol>. (18 de junio 2020)

¹¹⁸«El art.197.7 alude a contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal. La esfera sexual es, desde luego, una de las manifestaciones de lo que se ha denominado el núcleo duro de la intimidad, pero no es la única(..). La defectuosa técnica jurídica que inspiró la redacción del precepto dificulta la exégesis. Basta reparar en el sabor tautológico del último inciso del art. 197.7, en el que se alude a la «intimidad personal de esa persona», como si existiera una intimidad no personal y, por tanto, desvinculada de una persona.

La acción nuclear consiste en difundir imágenes «obtenidas» con el consentimiento de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. (..) La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas.

Es cierto que el art. 197.7 exige que estas imágenes hayan sido obtenidas «...en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros». Pero esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. Lo que busca el legislador es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación microliteral de sus vocablos(..) Y la exigencia de que la obtención se verifique «...fuera del alcance de la mirada de terceros», conduciría a excluir

especificaciones realizadas en su día por el TS con respecto a la interpretación de este artículo sirven, a su vez, de base para la protección de los menores como víctimas de este tipo de delitos.

4.2. La tutela del normal desarrollo de las relaciones sexuales de los menores en la legislación penal cubana.

Es tiempo ahora de analizar, sobre la base de los aspectos hasta aquí apuntados en la norma española el tratamiento que, para garantizar la protección del menor ante conductas constitutivas de maltrato sexual infantil, ofrece la legislación cubana. En una regulación bastante más escueta y al propio tiempo plagada de tradicionalismos y vestigios sexistas, encontramos, en el Libro II, Título XI, relativo a los “Delitos Contra el Normal Desarrollo de las Relaciones Sexuales” las conductas constitutivas de maltrato sexual, y entre las que se insertan aquellas en las que la víctima es un menor.

El Capítulo I, agrupa como ilícitos la violación, la pederastia con violencia, los abusos lascivos, el proxenetismo, la trata de personas y el ultraje sexual. Su punición va encaminada a salvaguardar la libertad del sujeto de elegir pareja, determinar la opción sexual que prefiera en cada momento y, en el caso de los menores, a velar por que no se vulnere su derecho al desarrollo sin injerencias que afecten un adecuado proceso de socialización¹¹⁹.

Se sanciona en el art. 298.1, como responsable de un delito de violación, al que tenga acceso carnal con una mujer, sea por vía normal o contra natura, siempre que en el hecho concurren las circunstancias que dispone el propio artículo¹²⁰.

aquellos supuestos -imaginables sin dificultad- en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista.

(...) el objeto material de este delito no se integra por imágenes o grabaciones de marcado carácter sexual. Se proyecta sobre toda manifestación de la intimidad que quiera resguardarse frente a aquellos terceros que no están incluidos en el espacio de legitimidad que otorga la anuencia de la víctima. Lo verdaderamente determinante es que el desnudo es expresión inequívoca de la intimidad personal. El que su exhibición pueda ser consentida en determinados contextos no es obstáculo para reivindicar su exclusión frente a terceros no incluidos en el compartido ámbito de la privacidad.»

¹¹⁹COLECTIVO DE AUTORES. (2005) “*Derecho Penal Especial, Tomo II,*” Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, pág. 123.

¹²⁰Art. 298.1: Se sanciona con privación de libertad de cuatro a diez años al que tenga acceso carnal con una mujer, sea por vía normal o contra natura, siempre que en el hecho concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) usar el culpable de fuerza o intimidación suficiente para conseguir su propósito;
- b) hallarse la víctima en estado de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, o privada de razón o de sentido por cualquier causa, o incapacitada para resistir, o carente de la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta.

Más que discutible la redacción de este precepto que deja ver los rezagos de una legislación sexista, tradicionalista y obsoleta, que dista mucho de la realidad incluso legal, de nuestros tiempos. En primer orden reconoce que solamente se configura el delito cuando exista acceso carnal, visto que (a diferencia del art.179 del CPE) no comprende ni la introducción de otros miembros corporales, ni la de objetos por las vías descritas. Otro aspecto, a mi entender inexplicable, resulta la alusión a la “vía normal o contra natura” que emplea el legislador en este precepto. Qué se entiende entonces por vía normal? Obviamente se refiere a la vía vaginal, dejando bien marcado que el resto de relaciones (a las que tiene a bien recalcar son contra natura) serían anormales.

Siguiendo este discurso, de la lectura del precepto se deduce que únicamente podrá ser sujeto pasivo del mismo una mujer, y da por sentado a su vez, siguiendo la apreciación realizada antes, que consecuentemente, el sujeto activo siempre será un hombre. Relega así los delitos en que la víctima sea un varón a la regulación de la pederastia activa del art. 299, que, como veremos más adelante, y particularmente cuando la víctima es menor de catorce años, reserva una sanción bastante más severa .

Los motivos por lo que se ha inclinado el legislador para seguir esta fórmula, entiendo yo, solo responden a los prejuicios y rezagos de índole psicosocial y cultural que imperaban en la época de la entrada en vigor del CPC (no podemos olvidar que estamos ante una norma promulgada en 1987, cuya última modificación, que no afectó estos artículos fue en 1999)

La críticas aquí versadas alcanzan una especial connotación cuando las víctimas son menores de edad. Y es que, si bien la norma cubana no destina un título específico para regular aquellas conductas que atentan contra el normal desarrollo sexual del menor, y menos determinando el rango etario a proteger (como -con más o menos aciertos- realiza la norma española) sí se encarga de elevar las sanciones previstas, cuando estos se ven afectados, como veremos a continuación.

De este modo, el apartado segundo, inciso c) del art.298, contempla una circunstancia cualificativa que agrava la peligrosidad de la acción, dada por la realización del hecho contra una víctima mayor de doce años y menor de catorce. Este precepto fue modificado en 1999, en lo fundamental se esclarecía su redacción incorporando algunas conductas antes no

previstas, pero no hubo pronunciamientos respecto a ampliar el rango etario protegido, tampoco lo hubo con relación a los rezagos sexistas tradicionalistas que, desde su incorporación en la norma, han caracterizado este delito.

Ofrece una especial protección a aquellas víctimas que por su inmadurez física y psicológica no pueden comprender la trascendencia de sus actos, basándose, para la fijación de la edad, en criterios psicológicos y biológicos. El hecho es sancionado con una pena superior de privación de libertad de siete a quince años, sin embargo, se puede apreciar que los menores que se encuentren entre catorce y dieciocho años no gozarán de esta protección reforzada, siendo sancionado el hecho cometido contra víctimas de estas edades con prisión de cuatro a diez años.

En el caso de víctimas menores de doce años, el legislador ha considerado que su inmadurez psicológica y física es tal, que no es necesaria la concurrencia de los elementos de tipicidad del delito para que se tipificara éste. Por ende, siempre habrá violación si se tiene acceso carnal con un menor de doce años o con doce años cumplidos, aún cuando este otorgue su consentimiento, porque su desarrollo cognitivo intelectual y su madurez sexual es incipiente de modo que invalida cualquier aprobación que el menor de edad brinde¹²¹. En estos casos la sanción a aplicar será de privación de libertad de quince a treinta años o la pena de muerte.

Analizamos ahora el art.299 al que previamente hacíamos alusión. Bajo este precepto se sancionan aquellas conductas relacionadas con la comisión de actos de *pederastia activa* empleando violencia o intimidación o aprovechando que la víctima se encuentre privada de razón o sentido, o incapacitada para resistir. Impone en su apartado segundo inciso a) una sanción de privación de libertad de quince a treinta años o muerte¹²², cuando el sujeto pasivo sea un menor de catorce años de edad. Se debe destacar que, en legislaciones precedentes, este delito no se regulaba de manera autónoma y se castigaba con penas benignas en comparación con la actual regulación en nuestra legislación penal.

¹²¹GARCÍA HERNÁNDEZ Y MARTÍNEZ OLIVERA. (2011) “*El testimonio del menor de edad víctima de abuso sexual. Su utilización en el proceso jurídico-penal cubano.*” Trabajo de Diploma. La Habana, Cuba, pág 76.

¹²²El apartado dos de este artículo fue modificado por la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, que agrava el límite mínimo de la sanción de la figura agravada, y le añade la reincidencia, como circunstancia de agravación específica (G.O.Ext. No.1, de 15 de marzo de 1999, art.16, pág 6).

Pues bien, habiendo analizado lo desacertado de separar esta conducta en dos artículos diferentes solo por ser el sujeto pasivo un hombre o mujer, encontramos aún más incomprensible que, hablando de menores de edad se sancione de manera tan diversas conductas que afectan, a mi juicio, con la misma intensidad el correcto desarrollo de sus relaciones sexuales. Así, en los supuestos de violación, de encontrarse la víctima entre los doce y los catorce años, la sanción a imponer será de siete a quince años, en cambio, de ser un niño la víctima de pederastia activa, se sancionará con prisión de 15 a 30 años o muerte, según el 299.1 a). Esta última sanción será la prevista para las víctimas de violación menores de 12 años.

En mi opinión, esta disparidad punitiva no tiene ningún sentido. Quizás encuentra fundamento en la particular reprochabilidad que genera -en una sociedad, aún machista, aún sexista, aún tradicionalista- cometer estas conductas contra un niño varón. Sin embargo, no puede ser esta, ni menos, una justificación para debilitar el valor del bien jurídico a proteger cuando la víctima sea una niña. Entiendo más acertada la regulación que de estas conductas realiza la normativa española, que, si bien es aún susceptible de mejoras, no adolece de males tan raigales preocupantes y como estos.

Siguiendo el orden normativo, analizamos el delito de Abusos Lascivos, previsto y sancionado en los arts 300 y 301¹²³. Esta figura, es una de las que con mayor frecuencia se comete contra víctimas menores de edad. Entre sus elementos de tipicidad se destacan el que no exista ánimo de acceso carnal y que, tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser de cualquier sexo.

Ofrece, al igual que los preceptos antes analizados, una protección diferenciada a los menores de doce años, y a los que se encuentran entre doce y catorce años de edad. Consecuentemente si la víctima se encuentra en este último rango etario, se sancionará el hecho con privación de libertad de uno a tres años y en caso de no superarla, con privación de libertad de dos a cinco. Sin embargo, debe señalarse que aquellos menores de edad mayores de catorce años y menores de dieciocho años no están comprendidos una vez más en la figura

¹²³Este artículo fue modificado por el Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, a los efectos de incluir como sujeto pasivo de este delito a una persona de cualquier sexo y no solo del femenino, como estaba regulado anteriormente (G.O.Ext.No. 6, de 26 de junio de 1997. Artículo 26, pág 43)

agravada. En todos estos casos la norma española refuerza particularmente la protección, elevando las penas a imponer cuando las víctimas son menores de dieciséis años.

El proxenetismo se regula en la Sección Cuarta, art.302.1 y 302.2. Como conductas típicas se sancionan la inducción, cooperación o promoción al ejercicio de la prostitución, así como la obtención, de cualquier modo, beneficios del ejercicio de la prostitución por parte de otra persona, siempre que el hecho no constituya un delito de mayor gravedad. No se establece, en este precepto, distinción entre los casos de prostitución infantil y la de adultos, como acertadamente realiza la norma española en sus arts 187 y 188 CPE. En cambio el legislador destina, como veremos más adelante, su regulación en capítulo y título independiente, al entender que no será solamente el normal desarrollo de las relaciones sexuales el bien jurídico a proteger en sede de prostitución infantil.

Aspecto positivo con respecto a la norma española es que se sancione a quien directamente o mediante terceros, posea, dirija, administre, haga funcionar o financie de manera total o parcial un local, establecimiento o vivienda, o parte de ellos, en el que se ejerza la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal. La sanción prevista será de cuatro a diez años de privación de libertad, sin perjuicios de la aplicable si concurren alguna de las circunstancias que prevé el apartado segundo.

Aquellos delitos que, en la norma española se regulan en los Capítulos III y IV, de forma independiente, encuentran una apretada y sucinta incardinación en el art.303 del CPC, denominado Ultraje Sexual¹²⁴. Este precepto sanciona el acoso, las ofensas al pudor y la puesta en circulación de publicaciones, en cualquier soporte, que resulten obscenas o tendentes a pervertir y degradar las costumbres. Impone, a tales efectos, sanciones de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

El acoso sexual, del art.303 a) se regula de la siguiente manera: “Se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas al que: a) acose a otro con requerimientos sexuales.” Hasta aquí la explicación que, en la tipificación de la conducta,

¹²⁴Este artículo fue modificado por el art.28 del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, con el fin de atemperarlo a la nueva denominación de la figura delictiva, sustituyendo del inciso a) el término “requerimientos homosexuales” por el de “requerimientos sexuales”, y eliminando del b) la expresión “cualquier otro acto de escándalo público”, que constituía una figura abierta que entraba en contradicción con el principio de legalidad. G.O.Ext.No. 6, de 26 de junio de 1997, pág 44.

realiza el legislador sobre el tema. Si bien lo parco de su regulación permitiría subsumir un sinnúmero de posibilidades, no ofrece claridad, por ejemplo, sobre si basta que sean requerimientos sexuales en beneficio propio o de terceros, o en qué ámbitos tendrá mayor repercusión la realización de estas conductas, bien sean en el ámbito laboral, o escolar, entre otros.

No hace referencia a los medios de los cuales puede valerse el acosador para sus requerimientos de tipo sexual, ni toma en consideración que, en ocasiones estos requerimientos pueden ser consentidos, o deseados por la víctima. En este caso, una indicación expresa a que con estos actos se coloque a la víctima en una *situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante*, como hace la hace la norma española, me parece mas atinado. Tampoco destina un apartado a las víctimas especialmente vulnerables por razón de su edad lo que es un evidente desacierto en esta materia.

El exhibicionismo, regulado en el inciso b) del propio artículo, prevé igual sanción para quien ofenda el pudor o las buenas costumbres con exhibiciones o actos obscenos. “El pudor y las buenas costumbres”, nuevamente términos un tanto anacrónicos en sede legislativa, pero no voy a centrarme en estos aspectos sino, en las conductas que se sancionan en este apartado. Está demás explicar que ni las buenas costumbres, ni el pudor son parámetros comunes para todas las personas, como tampoco lo es determinar qué entender por “actos obscenos”, no resultan tampoco fácilmente mensurables. Así, la medida del daño que con estas conductas se provoca a la víctima resulta bastante cuestionable.

No contempla la posibilidad de hacer ejecutar a terceros estos actos, como tampoco distingue entre sujetos pasivos adultos o menores de edad, ya no a la hora de imponer una sanción más o menos severa, sino para determinar cual ha sido el grado de lesión del bien jurídico protegido¹²⁵.

Algo similar a la conducta recogida en el art.186 del CPE, dispone la norma cubana en el inciso c) del art 303. Así sancionará a quien produzca o ponga en circulación publicaciones, grabados, cintas cinematográficas o magnetofónicas, grabaciones, fotografías u otros objetos que resulten obscenos, tendentes a pervertir o degradar las costumbres. Las diferencias entre estos dos

¹²⁵Como explicamos en la regulación que ofrece la norma española al delito de exhibicionismo, en el epígrafe 4.1 del presente trabajo.

preceptos son notables, en primer orden, como ya se ha señalado anteriormente, no van dirigidas o no ofrecen especial protección al menor de edad como sujeto vulnerable. En segundo orden las conductas típicas que se sancionan en este apartado son: la producción o la puesta en circulación (que pudiera equiparse a difundir), dejando afuera, en comparación con el CPE, la venta o la exhibición de este tipo de materiales.

Mientras la norma española hace referencia propiamente al material pornográfico, el apartado que ahora analizamos se refiere a publicaciones, grabados, cintas cinematográficas o magnetofónicas, grabaciones, fotografías u otros objetos que resulten obscenos, tendentes a pervertir o degradar las costumbres. Una vez más la redacción del precepto resulta cuestionable. Debemos entender, en coherencia con el bien jurídico que con estas figuras se pretende proteger, que tanto cintas, como grabaciones, fotografías etc., debe afectar el normal o correcto desenvolvimiento del sujeto, en el ámbito sexual. Ahora bien, si las grabaciones son solamente de audio o si son escritos, hasta qué punto se puede entender vulnerado o lesionado el bien jurídico? Qué entender por objetos que degraden las costumbre?

Considero que la vaguedad, imprecisión e innecesaria amplitud en la tipificación de estas conductas puede conducir a la imposibilidad de penar conductas que ciertamente degradan el bien jurídico que se pretende salvaguardar. Al propio tiempo puede conllevar a la condena de otras que carecen de lesividad y peligrosidad.

Aquí concluye el capítulo destinado a los delitos que atentan contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales en la normativa cubana. Analizamos ahora, brevemente, otras conductas, que, pese a no estar reguladas en el citado capítulo son constitutivas de maltrato sexual infantil.

Con un tratamiento independiente al de los delitos que atentan contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, a diferencia de la norma española se sanciona la Corrupción de Menores¹²⁶, del art.310 y sgts. El legislador fundamenta su ubicación es capítulo diverso en

¹²⁶Este artículo fue modificado por el Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, que le incrementó las sanciones, modificó la redacción del apartado 1 y le incrementó cuatro nuevos apartados, que contenían una modalidad agravada y otras situaciones, incluida la aplicación de la sanción accesoria de confiscación de bienes con carácter facultativo (G. O. Ext. No. 6 de 26 de junio de 1997. Artículo 29, pág 44). El apartado dos fue modificado por el artículo 18 de la Ley No.87 de 16 de febrero de 1999, que amplía las circunstancias de calificación de la figura agravada del delito de Corrupción de Menores, incluyéndole los apartados d) y e) y se le agrava la sanción de veinte a treinta años o muerte; (G. O. Ext. No.1 de 15 de marzo de 1999, pág 7).

su marcado carácter comercial, pero a su vez por el contexto social y la motivación que lo impulsa. En este caso, el bien jurídico que el legislador pretende proteger es el normal desarrollo de la infancia y la juventud, al situarlo en el capítulo de igual nombre. Engloba diferentes conductas que constituyen maltrato tanto sexual como por negligencia o abandono en un mismo tipo penal. Por ser el tema que nos ocupa, abordaremos solamente las primeras.

Dispone el art.310 en su apartado primero: “El que utilice a una persona menor de 16 años de edad, de uno u otro sexo, en el ejercicio de la prostitución o en la práctica de actos de corrupción, pornográficos, heterosexuales u homosexuales, u otras de las conductas deshonestas de las previstas en este Código, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años.”

La conducta típica es la *utilización* de un menor, (no se incluyen ni la inducción, la promoción, el favorecimiento o la facilitación), todas estas presentes en la ley española. Si bien dispone una sanción bastante severa en comparación con otros ordenamientos, y en específico con el español, no se protege con una pena más elevada a los menores que se encuentren entre los dieciséis y los dieciocho años de edad que se encuentre en esta circunstancia. Así, el legislador cubano ha sido requerido en reiteradas ocasiones por organismos internacionales, que, advirtiendo la problemática social que este fenómeno representa para la isla, solicitan incremente la edad de protección a los dieciocho años¹²⁷.

La utilización del menor ha de ser en primer orden el ejercicio de la prostitución, cuestión esta que no ofrece mayores dudas, o en la práctica de actos de corrupción o pornográficos.

Otro aspecto a señalar es que también en este artículo se emplean términos como “personas de uno u otro sexo” o “actos heterosexuales u homosexuales”, que nada aportan a la figura delictiva, y menos en el contexto actual, no solo legislativo, sino de igualdad de género.

En el apartado segundo se dispone un tipo cualificado que incrementa la sanción a imponer en este caso de veinte a treinta años de privación de libertad, o la muerte, siempre que concurren las circunstancias¹²⁸ que señala. Dentro de estas se encuentra el que la víctima sea

¹²⁷“(…) El Comité recomienda al Estado parte que revise su Código Penal a fin de extender hasta la edad de 18 años la protección de los niños contra la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y la venta de niños, de conformidad con la definición de niño contenida en la Convención (art. 1).” Véase en Comité de los Derechos del Niño, 69 período de sesiones, de 25 de mayo a 12 de junio de 2015. Tema 4 del programa provisional: Examen de los informes de los Estados partes, pág 6.

¹²⁸Art.310.2: La sanción es de privación de libertad de veinte a treinta años o muerte en los casos siguientes:
a) si el autor emplea violencia o intimidación para el logro de sus propósitos;

un menor de doce años de edad, edad mínima de protección esta, ya aplicada en conductas anteriormente abordadas.

Sanciona la inducción de un menor de dieciséis años a concurrir a un lugar en que se practiquen actos de corrupción, en el apartado tercero. No exige el legislador que se materialice el acto, basta con la inducción a realizarlo.

Luego de 1997, con la reforma operada en la isla, se recrudecieron las medidas de enfrentamiento a estas conductas. Así se introdujo el apartado cuarto con el que se sanciona la mera proposición de los actos previstos en los apartados 1 y 3. La sanción a imponer será de dos a cinco años. Cuestionable en este caso además del grado de lesividad que traiga aparejada la mera proposición sin que la mismas se concrete, atendiendo al propio tiempo que en ocasiones por la edad del menor no sea capaz ni siquiera de discernir en qué consiste la propuesta, y por consiguiente no sufriría una lesión individual, sino también la punición elevada de la conducta.

No hay que olvidar que el legislador cubano separó estas conductas en un capítulo independiente cuyo bien jurídico a proteger es el normal desarrollo de la infancia y la juventud. Ello bastaría para justificar el porqué de determinadas acciones que siendo controvertido reportarlas como lesivas a título individual, sí vulneran un bien más amplio, como lo es el adecuado desenvolvimiento de la infancia o la juventud. Por consiguiente, todo endurecimiento de las penas en materia de corrupción de menores se basa en la política de “Tolerancia Cero” que implementa la isla, de cara a erradicar o a disminuir considerablemente este fenómeno.

De este modo, impone sanciones para aquellos que ostentan el cuidado de menores y teniendo conocimiento de la ocurrencia de tales actos no realizan la correspondiente denuncia ni se encaminan a impedirlos; también para aquellos que ejecuten actos sexuales en presencia de niños, siempre menores de dieciséis años de edad, o les ofrezcan, vendan o faciliten a los

b) si como consecuencia de los actos a que se refiere el apartado anterior, se ocasionan lesiones o enfermedad al menor;

c) si se utiliza más de un menor para la realización de los actos previstos en el apartado anterior;

ch) si el hecho se realiza por quien tenga la potestad, guarda o cuidado del menor;

d) si la víctima es menor de doce años de edad o se halla en estado de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, o privada de razón o de sentido por cualquier causa o incapacitada para resistir;

e) cuando el hecho se ejecuta por dos o más personas.

mismos materiales con contenido obsceno o pornográfico. De igual modo, en el art.311, se sanciona al que tenga conocimiento de que un menor sujeto a su potestad, guarda o cuidado se encuentra ejerciendo la prostitución, el comercio carnal o cualquiera de los actos previstos en el artículo antes señalado, lo consienta o no lo impida, o no ponga el hecho en conocimiento de las autoridades.

Es oportuno señalar que la propia norma dispone en su art.309.1 un requisito de procedibilidad para los delitos de violación, pederastia con violencia, abusos lascivos, incesto, bigamia y matrimonio ilegal. Consecuentemente se requiere de la denuncia de la propia persona agraviada, cualquiera que sea su edad, o la de su cónyuge, ascendientes, hermanos, representante legal o persona que la tenga bajo su guarda y cuidado para incoar el proceso. Dispone como salvedad los casos que hubieran producido escándalo, en los que bastaría la denuncia de cualquier persona.

Considero que el término “escándalo” resulta ambiguo e impreciso, supeditar la iniciación de un proceso penal a este tipo de requisitos, máxime cuando estamos en presencia de una víctima menor de edad genera inseguridad jurídica y desprotección. En muchos casos los menores que sufren abuso lo padecen en el ámbito familiar y en lamentables ocasiones con el conocimiento de aquellos que deberían velar por su normal desarrollo. En este sentido resultaría más conveniente, a mi juicio, eliminar este requisito cuando la víctima sea un menor de edad.

4.3. Algunas consideraciones previas a las conclusiones.

Varios autores han advertido sobre la necesidad de incluir otras conductas presentes en la actualidad y que no encuentran tratamiento penal dentro de los delitos de carácter sexual. Entre otras se detallan las mutilaciones o daños físicos en órganos de claro significado sexual, como el clítoris, los labios menores o mayores, tampoco los matrimonios concertados de menores prepúberes o adolescentes por parte de personas adultas, la no aceptación de la identidad sexual, incluidas la transexualidad y transgénero de un niño o una niña o la homosexualidad o bisexualidad en la infancia y la adolescencia¹²⁹. A ello se suman diferentes formas de negligencia sexual, como no ofrecer información y educación adecuada en la

¹²⁹Al respecto: “Academia Española de Sexología y Medicina Sexual” *Revista Pediatría Integral*. Recuperado de: www.academiadesexologia.es. (15 de junio 2020)

familia y escuela para su salud sexual o negar informaciones básicas, dejando de impartir una adecuada educación sexual. Estos constituyen pasos de avance que bien podrían ser valorados por los legisladores de ambas naciones, de cara a posteriores reformas.

Abordamos hasta este momento las principales conductas delictivas que constituyen maltrato sexual a menores descritas en las legislaciones penales cubana y española. Del análisis hasta el momento realizado con relación al tratamiento que se ofrece en ambas normas ante el maltrato sexual infantil, se puede advertir, en primer orden, que existen diferencias no sustanciales en el tratamiento legal de la edad del consentimiento sexual.

Al respecto, ambas normativas regulan en modo no uniforme los distintos rangos etarios a proteger según los delitos, y a su vez fijan en los dieciséis años la edad en que este consentimiento sexual se entiende como válido. En los dos casos se puede apreciar la carencia de fundamentación de tipo psicológica, criminológica o estadística que sustente el porqué de la determinación de esta edad y no otra para fijar el consentimiento, conllevando a encontrar sustento de las mismas en el derecho comparado y los compromisos contraídos, por ambos estados, en el plano internacional. Sin embargo la norma española extiende la protección a los menores de dieciocho, mientras en la norma cubana dicha tutela reforzada arriba solamente a los dieciséis años.

La norma cubana, sanciona con penas diversas la violación y la pederastia activa, entendiendo que la primera solo puede cometerse contra mujeres (en este caso niñas) y por un sujeto varón. Impone al propio tiempo sanciones más benignas cuando se trata de una víctima del sexo femenino con respecto a iguales conductas sobre varones. Ello denota el marcado contenido sexista, tradicionalista y obsoleto que aun subyace en su letra. En este aspecto al norma española -también susceptible de mejoras al respecto- como las que se han señalado, ofrece un tratamiento equitativo para ambos sexos, al tratar en un mismo tipo penal estas conductas, sin establecer distinciones.

En relación a los delitos de violación, pederastia activa y abusos lascivos Cuba, no ofrece una sanción agravada cuando las víctimas se encuentran en el rango etario de catorce a dieciocho años. Consecuentemente, estos menores resultan excluidos de la protección reforzada que ofrece la norma, al imponer, es estos casos sanciones más benévolas al sujeto

comisor. Al propio tiempo supedita la acción penal a la existencia de denuncia por parte agraviada, aún siendo la víctima un menor de edad, en los casos de violación, pederastia activa y abusos lascivos. Ello genera un evidente estado de indefensión del menor, que por vergüenza o temor, entre otros motivos, tiende a padecer en silencio este tipo de abusos.

No se aprecia en el ordenamiento cubano una cláusula que exonere de responsabilidad penal ante el otorgamiento de consentimiento sexual válido del menor, como sí lo hace la norma española, en su art, 183 *quater*. Su inclusión en la norma cubana sería positivo, con el fin de evitar la punibilidad de conductas, cada vez más frecuentes asociadas con el inicio temprano de prácticas sexuales entre adolescentes. Claro está, debería apreciarse la proximidad -al menos- en edad, ya que el grado de madurez, como hemos analizado, resulta en extremo difícil de probar. También ambas legislaciones deben delimitar claramente con qué edades mínimas se estima el consentimiento sexual emitido como válido.

Otro de los aspectos de este análisis comparativo que resulta alarmante, es que conductas tan actuales como el *sexting*¹³⁰ o el *child grooming*¹³¹, carecen de una regulación específica dentro del Código Penal cubano y menos aún, de una sanción agravada en caso de ser la víctima un menor. Es una realidad que el creciente empleo de las TICs por parte de los menores conlleva, lamentablemente, a la ocurrencia, cada vez más frecuente, de estas conductas. Incluso en un país como Cuba, en el que el índice de informatización de la sociedad no alcanza el nivel adquirido en otras naciones, estas conductas tienden a proliferar. Se suma a ello el escaso control de padres, familiares o guardadores, sobre la actividad de los menores en redes sociales, y la carencia de mecanismos efectivos para la regulación del acceso de los menores a estas plataformas digitales.

Al propio tiempo, no se regulan de forma detallada en la norma cubana los delitos de acoso sexual, exhibicionismo, pornografía infantil en sus diversas formas, lo que dificulta la punición de estas conductas. Tampoco se considera a los delincuentes sexuales como grupos

¹³⁰La palabra *sexting*, acrónimo o contracción de los términos “sex” (sexo) y *texting* (texto, mensaje) es una práctica consistente en el envío de imágenes o vídeos de contenido más o menos íntimo, normalmente de carácter erótico o pornográfico. El uso de las TICs y la omnipresencia de las mismas ha hecho que sea una práctica habitual y cada vez más extendida entre jóvenes y adultos.

¹³¹La palabra *grooming* proviene del inglés, anglicismo éste que podríamos traducir como “engatusar”, puesto que la base de este delito es la creación de un vínculo afectivo o de confianza del que el adulto se vale para embaucar o “engatusar” a un menor con fines claramente sexuales, valiéndose para ellos medios informáticos y telemáticos.

de riesgo, con las consecuentes implicaciones penales que ello traería aparejado. Estos aspectos, si dudas, atentan contra una adecuada protección y tutela a los menores como víctimas de maltrato sexual infantil y constituyen, a mi juicio, aspectos medulares a tener en consideración en futuras reformas de la normativa penal vigente.

Una vez realizadas estas consideraciones, pasamos a ofrecer las conclusiones a las que esta investigación nos ha permitido arribar.

5. CONCLUSIONES

La investigación realizada nos permitió comprobar la existencia de un cuerpo conceptual relativo al maltrato infantil, susceptible de ser concretado para el uso convergente de variadas disciplinas y sectores de la sociedad, en aras de brindar una adecuada protección a la población infanto-juvenil. De igual forma, el análisis de las principales conductas delictivas que, para garantizar la protección a menores víctimas de maltrato sexual, se han adoptado en Cuba y España, demuestra que su protección ha estado marcada por el nivel de concientización de la sociedad y del Estado.

Al propio tiempo, del estudio comparativo de las legislaciones penales española y cubana en materia de protección de la libertad e indemnidad sexual del menor, y el normal desarrollo de las relaciones sexuales, respectivamente, se ha podido arribar a varias conclusiones.

En primer orden, este análisis permitió determinar el bien jurídico al que ambas normativas ofrecen protección con la incardinación de conductas constitutivas de maltrato sexual. También delimitar el tratamiento legal que ofrecen ambas normas a la edad del consentimiento sexual de los menores, apuntando que pese al tratamiento poco uniforme que ofrecen de las mismas, ambas sitúan la edad del consentimiento a los dieciséis. En el mismo sentido se evidencia una extensión de la protección a los menores de dieciocho en España, con la aplicación de sanciones superiores, en cambio Cuba solamente la extiende hasta los dieciséis.

Posibilitó apreciar que la normativa española ha sido objeto de diversas modificaciones en materia de protección de los menores víctimas de maltrato sexual, que han generado un amplio debate doctrinal con respecto a su tratamiento e interpretación. Al propio tiempo, se pudo valorar que esta ofrece una regulación más detallada y cercana a las realidades criminológicas y sociales imperantes que (pese a las críticas que ha recibido), provee de una tutela más reforzada a la libertad e indemnidad sexual del menor, al menos en comparación con la normativa cubana. De este modo incorpora conductas de relativa reciente aparición en el ámbito penal como el *sexting* o el *child grooming*, y ofrece un tratamiento más avanzado a conductas como la pornografía infantil, el acoso sexual. De igual forma se despoja de

contenidos sexistas (como los de la norma cubana) al regular y sancionar la violación, en un mismo tipo penal y con la misma pena.

Se ha podido analizar que la normativa penal cubana vigente, se ha caracterizado por su escasa dinamicidad, lo que implica un lamentable divorcio con la realidad existente en materia de maltrato infantil. Si a ello adicionamos, que la regulación esquemática y en ocasiones sexista de algunos tipos penales implica una protección insuficiente a las víctimas menores de edad, nos encontramos ante la necesidad de impulsar cambios para promulgar nuevas normas capaces de zanjar estas deficiencias. Particularmente los aspectos analizados en materia de maltrato sexual constituyen, a mi juicio, elementos medulares a tener en consideración en futuras reformas de la normativa penal vigente.

Consecuentemente queda demostrado que la norma penal cubana requiere nutrirse de las experiencias de ordenamientos jurídicos más actuales y coherentes que garanticen una protección sistémica, ordenada y más apegada a la realidad. En ello la legislación penal española ofrece un tratamiento, más íntegro, abarcador y a tono con la realidad actual de los diversos tipos penales que giran en torno a la protección del menor. Un análisis del enfoque adoptado por el legislador español en el tratamiento de las conductas típicas abordadas, puede ser de gran ayuda, de cara a posibles cambios en la normativa penal cubana.

En mi criterio, resulta evidente la necesidad de impulsar la norma penal cubana hacia un cambio en materia de protección del menor como víctima de maltrato sexual. El mismo deberá ir encaminado a atemperar los diferentes tipos penales a las realidades psicosociales y criminológicas imperantes, esto supondría un considerable paso de avance en la protección del menor. Otra de las encomiendas de los juristas a cargo de una reforma del CPC, será la de ampliar el margen de protección al menor de dieciocho años, en aquellos delitos en los que escapan de la sanción agravada.

Incorporar nuevos tipos penales, en particular aquellos que han surgido con motivo del empleo cada vez más creciente de las TICs y modificar los ya existentes de cara a su actualización, son pasos de avance que urge dar el legislador cubano. En el propio sentido, eliminar los rezagos sexistas y tradicionalistas que poco o nada aportan a la normativa actual, y menos en cuanto a la protección del menor, serán parte del largo camino a transitar por los

operadores del derecho en la isla. En ello la legislación española, con un papel importante de la reforma operada en 2015, ofrece un tratamiento más integral y abarcador de estas figuras. Es entonces, un reto que corresponde a los juristas de estos tiempos, que tenemos la responsabilidad de convertir la norma en la voz de los más vulnerables.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS, LIBROS Y REVISTAS

- Academia Española de Sexología y Medicina Sexual. “Nueva Tipología de Maltrato Infantil: el maltrato sexual” (2015) *Revista Pediatría Integral*. Volumen XIX, Número 9, Noviembre 2015. Curso VI, págs 5-7. Recuperado de: www.academiadesexologia.es. (19 de junio de 2020)
- ACOSTA TIELES, N. (1998) *Maltrato Infantil: Un reto para el Nuevo Milenio. 1era. Edición*, Editorial Científico Técnica, La Habana, Cuba, págs 42-76.
- AGUILAR AVILÉS, D. (2009) *Compilación de Estudios Cubanos sobre Victimología* Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, La Habana. Cuba, págs 35 y sgts.
- ÁLVAREZ, R.J. (2020) “La violencia hacia menores está aumentando con el confinamiento y se agrava cada día de aislamiento.” *El Mundo*. Recuperado de: <https://www.elmundo.es> (01 de abril de 2020).
- ARANDA, N. (2009) *Maltrato infantil. Violencia familiar y maltrato infantil. Introducción a la problemática del maltrato hacia los niños*, Universidad de Buenos Aires, Argentina, págs. 2-59.
- ARNAÍZ, J. (2017) “El sexting en el código penal español”, *Revista digital La Ley*. De fecha 12 de junio de de 2017, pág 1 y sgts. Recuperado de: <https://ecija.com/sala-de-prensa/sexting-codigo-penal-espanol>. (18 de junio 2020)
- ARRUABARRENA, M. I. (2011) “Maltrato Psicológico a los Niños, Niñas y Adolescentes en la Familia: Definición y Valoración de su Gravedad” *Revista Psychosocial Intervention*. Volumen 20, Número 1, abril-2011, Universidad del País Vasco, España.

- BOFILL, A. & COTS, J. (1999) “*Pequeña historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia*” Comissió de la Infància de Justícia i Pau, Barcelona. España, págs 2 y sgts.
- “Caracterización del maltrato infantil en familias disfuncionales del Policlínico Ana Betancourt, enero a junio de 2017” (2018) *Revista Ciencias Médicas*, Número 2, 2018. La Habana, Cuba, págs 1 y sgts.
- COBO, A. (2017) “Un total de 26 menores ha testificado este año por casos de violencia de género a sus madres a través del sistema de grabación de prueba preconstituida implantado de forma pionera en Jaén en julio del año 2013 por la Delegación del Gobierno andaluz.” *Revista EUROPA PRESS*, de 23 de agosto de 2017. págs. 1 y sgts. Recuperado de: <https://www.20minutos.es/noticia/3117939/0/total-26-menores-testifica-casos-violencia-genero-con-sistema-grabacion-prueba-preconstituida> (23 de junio de 2020)
- COLECTIVO DE AUTORES. (1998) *Maltrato Infantil. Elementos básicos para su comprensión*. Pedagogía Actual. Chile, págs 16 y sgts.
- COLECTIVO DE AUTORES (2004) *Temas de Medicina Legal para estudiantes de Derecho*. Editorial Félix Varela. La Habana, Cuba, págs 61-83.
- COLECTIVO DE AUTORES. (2006) *Criminología*. Editorial Félix Varela. La Habana, Cuba, págs 168-199.
- COLECTIVO DE AUTORES (2005) *Derecho Penal Especial, Tomo II*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, págs. 123-165.
- CUTIÉ J.R, LAFFITA, A & TOLEDO, M.(2005) “Primera relación sexual en adolescentes cubanos” *Revista chilena de ginecología y obstetricia*, Volumen 70, Número 2, Santiago, págs 1 y sgtes. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-75262005000200004> (20 de septiembre de 2020)
- DE LA MATA BARRANCO, N. (2017) “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*,

Número. 19-10, pág 2 y sgts. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-10.pdf> (12 de septiembre de 2020)

- 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*. Número. 21-20, págs 1-28. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-20.pdf> (12 de septiembre de 2020)
- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E, (2018) “Sobre la tipicidad de las "prestaciones económicas" del artículo 227 del Código Penal.” (Puntos de Vista) *Revista digital elderecho.com* (02 de abril de 2018) Recuperado de: <https://elderecho.com/sobre-la-tipicidad-de-las-prestaciones-economicas-del-articulo-227-del-codigo-penal> (26 de junio de 2020)
- DÍAZ, D., BARTOLOMÉ, S., MATA, L. & TOLEDANO, E. (2018) *Evolución de la violencia a la infancia en España según las víctimas*. Editorial Fundación ANAR, Madrid, España, págs 23 y sgts. Recuperado de: https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=5545 (26 de junio de 2020)
- DIÉZ RIPOLLES & ROMEO CASABONA (COORDINADORES), (2004) *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, págs 249 y sgts.
- DOLZ LAGO, M.J. “El menor como víctima”. *Revista La Ley*. Número 4115, año XVII, págs 1 y sgts.
- FARALDO CABANA, P. (2019) “Motivos para una reforma del delito de violación en España” *Revista VLex, Serie Ciencias Penales y Criminológicas*, págs. 157-183. Recuperado de: <https://app.vlex.com> (16 de septiembre de 2020)
- FERNÁNDEZ BÁEZ, N. (2005) *Menores víctimas en el proceso penal cubano*. Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, págs 2 y sgts.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2016) *La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la lo 1/2015, de 30*

de marzo, en Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 12. La reforma del Código penal a debate, Deusto Digital, Universidad de Deusto, Bilbao, España, págs 261-316.

- GARCÍA VILLALUEGA, L. (1997) “Protección al menor en el nuevo Código Penal” *Cuadernos de Trabajo Social. Número 10*. Editorial Universidad Complutense de Madrid. Madrid. España, págs 12 y sgts.
- GONZÁLEZ, CUSSAC, J. (Director), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, España págs. 616 y sgts.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2005) “Derecho Penal sexual y Reforma Legal. Análisis desde una perspectiva político criminal” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, págs. 19 y sgts.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2010) “Comentarios al Código Penal”, *Revista Lex Nova*, Valladolid, España, págs 709-726.
- GUARDIOLA, M. (2015) “La figura del grooming y su regulación tras la reforma del Código Penal” *Revista digital LEGALTODAY. Por y para abogados*, 12 de noviembre de 2015, págs 1 y sgts. Recuperado de: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal> (29 de junio de 2020)
- GUARDIOLA, M. (2016) “El sexting: nuevo tipo penal introducido tras la reforma del Código Penal” *Revista digital LEGALTODAY. Por y para abogados*, 11 de enero de 2016, págs 1 y sgts. Recuperado de: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/el-sexting-nuevo-tipo-penal-introducido-tras-la-reforma-del-cp> (08 de junio de 2020)
- HERRERA M & SPAVENTA V, (2007) “Vigilar y castigar “El poder de corrección de los padres”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Argentina, págs 69-86.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, E. (2004) *El maltrato infantil*. Editorial Ciencias Cubanas. La Habana. Cuba, págs 81- 137.
- HUETE NOGUERAS, J. (2015) *Delitos contra la libertad sexual: principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales*.

Ponencia Fiscal de Sala Coordinador de Menores, 20 de abril de 2015, págs 6 y sgts.
Recuperado de:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8. (06 de julio de 2020)

- INTEBI, I.V, (2009) *Intervención en casos de maltrato infantil*. Colección de documentos técnicos No. 03, Editorial Dirección General de Políticas Sociales, España, págs 11 y sgts.
- LACHICA, E. (2010) “Síndrome del niño maltratado: aspectos médico-legales. Battered child syndrome: forensic aspect.” *Cuadernos de Medicina Forense. Versión Online: ISSN1988-611X*, Volumen 16, Número 1-2, Málaga, ene-jun, 2010, págs 2 y sgts
- MAGROT SERVET, V. “Violencia económica del art.227 de la ley penal” *Revista La ley digital. La Ley Derecho de familia*, Volumen del Cuarto trimestre de 2016, Número 12, Editorial Wolters Kluwer. Recuperado de: <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Inicio.aspx> (13 de junio de 2020)
- MARCO FRANCIA, M. (2018) “Sexualidad, violencia y Derecho penal”, *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario: La Ley Penal*, Número 130, págs 1 y sgts.
- MARTÍNEZ NEGRÍN, Y. (2016) “Maltrato Infantil, un problema de género?” *Revista Cubana de Medicina General Integral*, Número 1, La Habana, Cuba, págs 15 39.
- MARTÍNEZ ROIG, A & DE PAUL OCHOTORENA, J. (1993) *Maltrato y Abandono en la Infancia*. Editorial Martínez Roca, España, págs 11 y sgts.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C., SIEIRA MUCIENTES S. (2000) *El delito de aborto*. Editorial. Bosch, Barcelona, España, págs 69 y sgts.
- 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*, Editorial Bosch, Barcelona, España, págs 44 y 58.

- MUÑOZ CONDE, M. (1999) *Derecho Penal. Parte Especial, 13a edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, págs 197 y sgts.
- MUÑOZ CONDE, M. (2015) *Derecho Penal. Parte Especial, 20a edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*. Tirant lo Blanch, Valencia, España págs 187 y sgts.
- ORIHUELA, M. (2015) *El maltrato infantil como elemento de formación integral en los niños de las familias en el barrio de Azana*. Huancayo Universidad nacional del centro de Perú, págs 16- 55.
- ORTS BERENQUER, E. (2010) *Derecho penal, Parte especial*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, págs 302 y sgts.
- PEREA, A., LOREDO, A., TREJO, J., BÁEZ, V., MARTÍN V., MONROY, A. & VENTEJO, A. (2001) *El maltrato al menor: propuesta de una definición integral*. Boletín Médico del Hospital Infantil de México, México, págs 58 y sgts.
- PÉREZ GONZÁLEZ, E. (2009) *El Testimonio Judicial Infantil. Método para su análisis forense*. Editorial ONBC, La Habana, Cuba, págs 9-92.
- PÉREZ GONZÁLEZ, E. (2011) *Psicología, Derecho Penal y Criminología*. Editorial ONBC. La Habana, Cuba, págs 39 y sgts.
- PUYOL, J. (2019) “En qué consiste el “child grooming” (acoso sexual de menores por Internet) y qué medidas de prevención deben adoptarse?” *Revista CONFLEGAL*, de fecha 28 de enero de 2019, págs 1 y sgts. Recuperado de: es.scribd.com, (11 de junio de 2020)
- SEDLETZKI, V., (2016) *Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ISBN: 978-92-806-4828-7, enero 2016, pág 43 y sgts.
- SILVA-GONZÁLEZ, J, PÉREZ-VÉLIZ, A & PÁEZ-CUBA, L. (2017) “La formación del profesional desde el enfoque de género en el Derecho Penal cubano” *Revista de*

Educación y Derecho, Número16, septiembre de 2017, Pinar del Río, Cuba, págs 2-26.

- SORIANO FAURA, F, J. (2015) “Promoción del buen trato y prevención del maltrato en la infancia, en el ámbito de la atención primaria se salud”. *Revista digital PrevInfad-infancia y adolescencia*. Volumen de diciembre de 2015, pág 2 y sgts. Recuperado de: previnfad.aepap.org (12 de julio de 2020).
- TAMARIT SUMALLA, J.M, (2002) “La protección Penal del Menor Frente al Abuso y la Explotación Sexual. Análisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía de Menores”, 2da edición, Cizur Menor: Aranzadi, pág 60 y sgts.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2009) “Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso”, *Revista Iustel*, Madrid, España, págs. 35 y sgts.
- VIVES ANTÓN, T. S. (2015) “Derecho y Sociedad.” *Revista Jurídica. Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*. No. 17/2015, 1ª edición, Tirant Lo Blanch Jurídico, Valencia, España, pág 68 y sgts.

LEGISLACIÓN UTILIZADA EN ORDEN CRONOLÓGICO

- Ley No. 1289 de 14 de febrero de 1975. Código de la Familia de la República de Cuba.
- Ley del Código Penal Español de 8 de septiembre de 1932, Gaceta Oficial No. 310, de 5 de noviembre de 1932.
- Ley No. 62. Código Penal Cubano, de 29 de diciembre de 1987.
- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal español.
- Convención de los derechos del niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 de la Declaración de los Derechos del Niño. Ginebra, 1989.

- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (B-57) aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, México DF, 1994.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español.
- Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, (Convenio de Estrasburgo) de 25 de enero de 1996. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000.
- Convenio sobre Ciberdelincuencia, Budapest, de 23 de noviembre de 2001.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, , por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español.
- 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 la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español.
- Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado pág 30. (España)
- Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA EN ORDEN CRONOLÓGICO

- STS de 13 de febrero de 2001 ECLI: ES:TS:2001:125
- STS de 1 de octubre de 2007 ECLI: ES:TS:2007:796
- STS de 30 de septiembre de 2010 ECLI: ES:TS:2010:803
- STS de 20 de septiembre de 2011 ECLI: ES:TS:2011:961
- STS de 15 de mayo de 2015 ECLI: ES:TS:2015:490.
- STS de 10 de julio de 2018 ECLI: ES:TS:2018:446
- STS de 22 de febrero de 2017 ECLI: ES:TS: 2017:109
- STS de 19 de junio de 2019 ECLI: ES:TS:2019:2099
- STS de 23 de julio de 2019 ECLI: ES:TS: 2019:378
- STS de 24 de febrero de 2020 ECLI: ES:TS:2020:70

TRABAJOS DE FIN DE MÁSTER Y TESIS DOCTORALES

- BOUYSSOU N, I. (2015) “*Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil*” Trabajo para optar a la titulación de Doctor en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla, Sevilla, España, págs 36 y 106.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.V. (2014) “*Maltrato infantil: Un estudio empírico sobre variables psicopatológicas en menores tutelados.*” Tesis doctoral. Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológicos. Universidad de Murcia, España, pág 8.
- LÓPEZ PUJOL. L. (2007) “*Protección y rehabilitación a partir del Proceso Penal a los menores víctimas de delitos sexuales en la Ciudad de la Habana*”. Tesis de Maestría, Universidad de La Habana, La Habana, Cuba, pág.61.
- MENCOS FERNÁNDEZ, F. (2017) “*El ciberacoso a menores. “Online child grooming”*”. Trabajo para optar a la titulación de Máster. Universidad de Valladolid. España, págs 30 y 31.

- POZA MIGUEL, T. (2018) *“Análisis del artículo 183 quater del Código Penal en el Derecho Español: La cláusula “Romeo y Julieta.”* Trabajo para optar a la titulación de Máster, Universidad de Salamanca, Salamanca, España, págs 1-89.