

ABUSOS SEXUALES, EXHIBICIONISMO Y CORRUPCIÓN DE MENORES EN EL CÓDIGO PENAL Y EN EL PROYECTO DE 2013

Enrique Orts Berenguer
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Abusos sexuales. 3. Abusos a menores de dieciséis años. 4. Consentimiento del menor. 5. Exhibicionismo. 6. Corrupción de menores. 7. Consideraciones finales. 8. Bibliografía.

RESUMEN:

1. PLANTEAMIENTO

La regulación vigente de los delitos de abusos sexuales a menores de edad, de exhibicionismo y provocación sexual y de corrupción de menores no está exenta de aspectos problemáticos a los que podría venir bien un retoque legislativo, pero el Proyecto de Código penal de 2013, en lo que a estos delitos se refiere, va mucho más allá “para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE”, según reza la Exposición de motivos de aquél, y hasta creo que más allá de lo que la citada directiva requiere, con la configuración de nuevos tipos, la ampliación de los ámbitos aplicativos de los actuales y el endurecimiento de las penas.

Cada vez que el legislador se plantea la modificación del Código penal para incorporar disposiciones derivadas de alguna directiva europea o por la razón que sea, debería recordar -no debería ser necesario que alguien se lo recordara- que toda norma penal ha de pasar inexorablemente unos controles de constitucionalidad, de conformidad con los principios constitucionales; uno de los cuales, el de proporcionalidad, reconocido de forma implícita por la Constitución, como ha iterado el Tribunal Constitucional (TC), desde sus sentencias 11/1981 y 62/1982, impone el doble carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal. Como debiera recordar que toda norma, además, tendría que ser político-criminalmente razonable, inteligente y hacedera. Hasta qué punto las que voy a comentar cumplen estos estándares intentaré exponerlos a continuación, tanto al comentar las vigentes como las proyectadas. Aunque, bien puedo adelantarlos, varias del Proyecto y más de una del CP los incumplen prácticamente todos.

2. ABUSOS SEXUALES

El abuso sexual es definido genéricamente en el art. 181.1 CP, que no se modifica en el Proyecto, como todo acto de naturaleza lúbrica en el que se implica a otra persona sin su

consentimiento o con éste viciado, sin emplear violencia ni intimidación(vid. las SSTS de 8 de junio de 2007, 18 de noviembre de 2008 y 5 de enero de 2009, 2 de julio de 2010, entre otras muchas). Y en el número 2 se concretan casos de ausencia de consentimiento (“*los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare*”, así como “*los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*”). Bien entendido (y sabido) que la falta de consentimiento no se agota en los casos recogidos (basta pensar en ataques por sorpresa, inesperados por la víctima, como los condenados en las SSTS de 20 de marzo de 1998 y 13 de septiembre y 12 de diciembre de 2002, 14 de octubre de 2005, 25 de abril de 2012, por ejemplo).

En esta regulación hay una serie de cuestiones relativas a los delitos de abusos deshonestos, que no van a ser alteradas por la que se anuncia, de las me voy a ocupar a continuación. Comenzaré por la clase de acciones que conforman el núcleo de estos delitos.

En el art. 181 se habla de realizar actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona (el 183, de actos que atenten contra la indemnidad sexual; el Proyecto, de *actos de carácter sexual* en los arts. 182 y 183). Doctrina y jurisprudencia han interpretado esos actos como actos lúbricos, manifiestamente sexuales; por tanto, como acciones aptas para excitar, satisfacer y aplacar el impulso venéreo. Y se ha destacado que, en general, presuponen un contacto físico, del autor sobre el cuerpo del sujeto pasivo o de éste sobre el de aquél (SSTS de 15 de febrero de 2005, 11 de diciembre de 2006, entre otras), aunque también se han admitido los tocamientos que la víctima efectúa sobre sí misma, al menos en el marco de las agresiones sexuales (STS de 4 de marzo de 1998). Y llegados aquí, hasta donde las opiniones son concordantes, me permito suscitar dos cuestiones sobre las que no reina la unanimidad.

¿Es absolutamente necesario un contacto corporal? ¿Puede subsumirse en los abusos sexuales la conducta de quien convence a un menor para que realice actos de exhibición obscena ante el primero, concurriendo algunos de los supuestos típicos de los abusos sexuales? Podría pensarse en que para tal hipótesis es aplicable el art. 189.1.a), pero si se trata de una exhibición ante el autor, quizá sea excesivo calificar el hecho como utilización de un menor con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Adoptar ante el autor posturas y actitudes impúdicas ¿es un acto que atenta contra la libertad o indemnidad sexual del menor?¹

Asimismo se ha planteado si la naturaleza sexual penalmente relevante de una acción debería fijarse con parámetros subjetivos u objetivos. De una parte, es lícito y razonable pensar que la naturaleza sexual de una acción se la confiere el significado que tiene para su autor, siempre que resulte refrendado por opiniones de estudiosos de la sexualidad desde diferentes perspectivas, la psiquiátrica incluida. Y, sin embargo, me resisto a aceptar esta conclusión como válida en el contexto de los delitos sexuales. No intento establecer qué tiene y que no carácter sexual², pero sí que algunas actividades

¹ EL TS ha declarado en alguna resolución que no se requiere el contacto corporal entre los sujetos (STS de 20 de julio de 2001).

²Puede aceptarse como punto de partida la idea de que pertenece a la órbita de la sexualidad toda acción idónea para excitar, estimular, satisfacer o aplacar el instinto, el apetito, el deseo venéreo. Toda acción,

sexuales, por muy deleitables que resulten para sus devotos, no tienen fuste suficiente para servir de base a una infracción penal. El fetichismo es una tendencia sexual innegable, reconocida por los sexólogos, pero considerar que ha cometido un delito de abusosexual (o una agresión sexual, si ha usado violencia o intimidación) quien convence a una menor para que se descalce y le permita acariciar o besar sus pies o sus zapatos, o para que le preste una prenda íntima usada por ella, me parece desproporcionado³. De ahí que estime preferible el sometimiento de la acción sexual de que se trate a una evaluación objetiva, en la que se utilicen dos criterios: el de la indudable significación sexual que ha de ostentar la acción estudiada y el de su capacidad para incidir negativamente en los procesos de formación y socialización del menor⁴.

Hasta aquí todo sigue igual y la cuestión comentada no ha perdido actualidad. Donde sí se producen modificaciones es en el art. 182.1 que si en el CP tiene el siguiente texto: “El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con -persona mayor de trece años y menor de dieciséis...”, en el Proyecto queda así: “El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses”. Y si en el art. 182.1 CP se recoge lo que podría denominarse una prolongación del antiguo delito de estupro fraudulento, el nuevo sesgo que pretende imprimírsele en el Proyecto altera por extensión sustancialmente su contenido, tanto en lo que hace a las modalidades comisivas como a la edad del sujeto pasivo, dando pie a varios interrogantes y nuevos problemas interpretativos. Aunque lo que más se echara en falta por la doctrina mayoritaria⁵ es la desaparición de una figura, el abuso sexual mediante engaño, por carecer de entidad, de ofensividad bastante para integrar un tipo penal. Si el engaño otorga alguna ventaja, si representa una situación de superioridad, ya se dispone de una tipificación adecuada y bien fundada; si no, se está fuera de los pagos del Derecho penal. Es probable que en la escasísima aplicación de este art. 182 por nuestros tribunales de justicia tenga que ver su falta de dañosidad⁶. En todo caso, en tanto siga en vigor, es oportuno insistir en la conveniencia de no confundir el engaño típico con cualquier clase de argucia que induzca a error a la víctima. El engaño típico es aquel que lleva al sujeto pasivo a aceptar actos de carácter sexual, que

porque sólo las acciones son relevantes para el Derecho penal. Por descontado, una persona puede excitarse sexualmente con sus ensoñaciones, con su imaginación, con sus sueños vigiles, pero...

³Generalmente, hablo de menores o menores de edad, y si aquí, específicamente, me recorro a una menor es porque, hasta donde se me alcanza, las variantes sexuales del ejemplo son más frecuentes entre hombres que entre mujeres.

⁴Volviendo al fetichismo: si un adulto, bajo amenazas, obliga a una mujer a que le permita acariciar sus zapatos de tacón de aguja o le exige la entrega de sus bragas, igualmente para acariciarlas o para masturbarse con ellas ¿le consideraremos responsable de un delito de agresiones sexuales? Para el sujeto en cuestión puede no haber nada sexualmente más placentero, y sin embargo... De haber cometido un delito a lo sumo sería el de coacciones (o ¿un robo con intimidación?), y si tras servirse de ellas (de las bragas) ¿las devuelve a su propietaria?

⁵Vid. por todos, F. Morales Prats y R. García Alberó, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. G. Quintero Olivares), Aranzadi. Thomson Reuters, 2011, pág. 346. Estos autores mantienen que un engaño descontextualizado de una situación de abuso de superioridad, con aptitud para enervar un consentimiento que de lo contrario se estimaría válido, presupone una protección dispensada por pura frustración de objetivos.

⁶De entre las escasas sentencias del TS sobre este delito es de interés la de 7 de marzo de 2005, en la que se apreció en quien captaba jóvenes de entre trece y dieciséis años con el señuelo de que podrían convertirse en cantantes.

no hubiera aceptado sin mediar aquél, no el que genera una situación propicia para lograr la finalidad lasciva perseguida por el autor: si X se ofrece a llevar en su coche a Y a la casa de éste, cuando no tiene intención de hacer tal cosa, Y acepta confiada, X se dirige a un lugar apartado y allí propone a Y mantener relaciones sexuales, ha habido un engaño, pero no el requerido por el art. 182. A partir de ese momento podrá haber o no abuso sexual. Lo habrá si realmente puede hablarse de una situación de superioridad creada con el traslado, y sería de aplicación el art. 181.3, no el 182⁷, o éste si gracias a un nuevo engaño, cuya finalidad es llevar a cabo una actividad sexual con Y, X consigue su deseo.

La franja de edad prevista para los abusos cometidos mediante engaño y las nuevas figuras pasa a oscilar entre los dieciséis y los dieciocho años, en lugar de los trece y los dieciséis de la actualidad, en consonancia con el significativo cambio que supondría la aprobación del capítulo II bis del Proyecto, ya anunciado en su título: “De los abusos y agresiones sexuales a menores de *dieciséis años*”.

¿Son necesarios, son convenientes, apuntan en una buena dirección estos preceptos? A simple vista, parece que ni son convenientes ni necesarios ni están bien orientados.

Comencemos por los topes de edad. La elevación de trece a dieciséis y de dieciséis a dieciocho años es una opción que me cuesta compartir por su frágil fundamentación y por ser innecesaria (más allá de las eventuales imposiciones de la directiva citada). Y si continuamos con las variantes comisivas agregadas en el art. 182.1 del Proyecto, llegamos a similar conclusión de rechazo. Al examinar una y otras y cotejarlas con la tutela global dispensada a los menores en el CP, nos encontramos con que éste protege a los de menos de trece años frente a cualquier contacto sexual habido con adultos (art. 183); a los de edades comprendidas entre los trece y los dieciséis, en caso de engaño (art. 182); a todos los menores de edad cuando el contacto se obtiene sin el consentimiento de los mismos o con prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte su libertad (art. 181); y, vía corrupción de menores, cuando se hace participar a éstos en un comportamiento de naturaleza lúbrica que perjudique la evolución o el desarrollo de su personalidad (art. 189.4). Y, sin olvidar, que este arsenal punitivo se complementa con los delitos relativos a la prostitución, el ciber acoso, etc.

A la vista de los hechos ya penados en el CP cabe preguntarse si hay otros que no lo están y deberían estarlo, por ser merecedores de la reprobación penal, en particular los que se recogen en el art. 182.1 del Proyecto, y si, en consecuencia, deberían integrarse en un tipo creado a propósito, si su subsunción en alguno de los existentes resultara inviable. El artículo acabado de citar habla de abuso de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima (de entre dieciséis y dieciocho años). ¿Es conveniente y necesaria la tipificación de tales hechos? Para responder a esta pregunta, nos centramos en el análisis de los términos del referido precepto.

En él se habla, pues, de posición *reconocida*, y reconocida equivale a evidente, a real, a manifiesta; en tanto *autoridad e influencia* indican una cierta situación de superioridad (manifiesta, también) sobre el menor. Y si esto es así, resulta redundante la ampliación proyectada porque se solapa con las previsiones del art. 182.1, más el complemento que

⁷Vid. J. BoixReig, *Derecho Penal Parte Especial*, volumen I, Ed. Iustel, 2010, págs. 341-342.

proporcionan la circunstancia 3 del art. 180.1, y la figura residual del art. 189.4, todos CP. Y equiparar autoridad o influencia a superioridad no es una equivalencia descabellada, pues si alguien tiene una posición de autoridad o influencia sobre la víctima, goza de una situación de superioridad sobre ésta. Y si algún fundamento poseen las dos referidas modalidades no puede ser otro sino la ascendencia que procuran sobre el menor y la consiguiente ventaja que proporcionan al autor. Ventaja traducible por superioridad que se instrumentaliza para satisfacer un deseo lujurioso a costa de recortar la libertad del menor. Por ello, entiendo, abusar de la posición reconocida de influencia o autoridad no resulta distinto del prevalerse de una situación de superioridad manifiesta, lo que convierte en superfluas a las reiteradas novedades. Sin olvidar que cuando el prevalimiento de una situación de superioridad está dirigido a abusar sexualmente de un menor, entra en juego la agravación del art. 181.1.3^a, por imposición del art. 181.5, ambos CP. Y no sería aceptable defender los añadidos con el peregrino argumento de que la influencia y la autoridad son algo distinto y de menor calibre que la superioridad, porque conduciría a basar una infracción delictiva en un abuso de superioridad desleído, sin sobrada carga ofensiva y sin fuerza para inclinar al menor a la entrega sexual de forma que pueda afirmarse que ha cedido con el consentimiento viciado.

En cuanto al abuso de una posición reconocida de confianza, asentada quizás en el parentesco, en la vecindad, en la amistad, en el compañerismo..., no le veo justificación jurídica alguna, salvo que esas relaciones proporcionen cierta superioridad y se aprovechen para debilitar la voluntad del menor y facilitar de ese modo el encuentro sexual con él, en cuyo caso vendría en aplicación el art. 181.3 y 5 CP. En ausencia de esta limitación de la capacidad de decisión, el castigo con pena incrementada sólo puede obedecer a razones moralizantes, de tenor similar a los entresijos de tópicos tales como que entre los parientes debe reinar el afecto y la concordia; entre los vecinos, la ayuda, el aprecio y el respeto; o que la amistad es un valor sagrado que nadie debe instrumentalizar para sacar partido, etc.; y, en coherencia, que debe sancionarse a quien traiciona una relación parental, amical, etc. Amparar esos valores no es función del Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho. El abuso de una de las posiciones señaladas solamente puede entenderse como aprovecharse de ellas para influir indebidamente en la esfera de libertad del menor y reducir su capacidad de decidir. Cualquier otra lectura desemboca inevitablemente en valoraciones morales, por completo alejadas de la idea de bien jurídico penalmente protegido.

Por lo demás, si hablamos de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en los que los bienes jurídicos son ante todo la primera, la libertad sexual, pero también el derecho de los menores a que sus respectivos procesos de formación y socialización no sufran daño ¿qué clase de menoscabo experimentan dichos bienes cuando una persona de diecisiete años tiene relaciones sexuales, libremente aceptadas, con un vecino, un amigo o un pariente mayores de edad, que merced a su relación tienen mayor facilidad para conectar con el menor y aproximarse a él? Lo normal es que la gente se relacione sexualmente con personas a las que conoce, y mientras no se ocasione una disminución de la libertad del menor el Derecho penal debe abstenerse de intervenir.

En otro orden de cosas, llama la atención que, no necesariamente por las mismas voces, se reclame rebajar la edad para que la Ley penal del menor se aplique a más menores; o, con otras palabras, la preocupación por considerar más inimputables a los menores y más necesitados de tutela en la esfera de la sexualidad, contrasta con la idea

bastante aireada ante sucesos trágicos, de reducir hasta los doce o los trece años la edad de los menores a los que se les puede aplicar la repetida Ley penal del menor. De manera que, por un lado, se tiende a considerar a las personas de doce o de trece años menos inimputables a la hora de exigírseles responsabilidad criminal por cualquier delito, y a los mayores de dieciséis más inimputables, menos maduros para desempeñarse en el terreno sexual.

E igualmente continúa llamando la atención la insalvable paradoja que supone el reconocimiento de una cierta capacidad para consentir válidamente el mantenimiento de actos sexuales completos, a los mayores de trece años y menores de dieciocho, de conformidad con el art. 181, con la salvedad marcada por el art. 189.4, en tanto no se les reconoce ninguna para contemplar actos de exhibición obscena ejecutados por un adulto o material pornográfico proporcionado por este último (arts. 185 y 186 CP), puesto que, en el primer caso, el hecho de mayor entidad es atípico, si el menor lo acepta libremente, y en el segundo, el hecho de inferior contenido sexual es punible, por más que el menor lo pida y consienta. Y el Proyecto no resuelve este contrasentido. Como tampoco resuelve, ni puede resolver, algunos de los problemas interpretativos a los que se viene enfrentando la doctrina y la jurisprudencia. Y en verdad no es posible, en sede legislativa, precisar de forma milimétrica extremos tales como cuándo exactamente ha de considerarse que una persona está privada de sentido, o sufre un trastorno mental de intensidad bastante o una anulación de la voluntad a raíz de la ingesta de determinadas sustancias, o existe una relación de superioridad manifiesta para estimar aplicable la modalidad de abusos sexuales no consentidos correspondiente o el engaño es decisivo. En aras de la seguridad jurídica sería muy deseable que la jurisprudencia discurriera siempre por caminos previsibles, en absoluta coherencia con resoluciones anteriores, fruto de unas prácticas interpretativas bien asentadas y consolidadas. Algo que no siempre sucede en relación a no pocos delitos y cuestiones⁸. Aunque seleccionando la mejor jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) es posible trazar unas líneas interpretativas sólidas, aunque no sean seguidas siempre por todas las instancias ni por el propio TS. Lo que nos sugiere la siguiente y no original reflexión: los tribunales de justicia se enfrentan a casos, han de resolver casos, no han de formular teorías con pretensiones de generalidad al estilo doctrinario, pero sí deben hacer exégesis homogéneas de una misma cuestión, de una misma norma, siempre, nunca se reiterará bastante, a la luz de la Constitución.

En relación con los problemas apuntados, puede tener algún interés repasar abreviada y selectivamente una jurisprudencia muy razonable, una más compartible que otra, sobre aspectos que entrañan un cierto grado de dificultad, con arreglo a la cual:

a) la privación de sentido puede estribar en un estado de inconsciencia total de la víctima, pero también en una semiinconsciencia, con disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que anulan los frenos inhibitorios y la capacidad de reacción ante el ataque sexual (STS de 15 de febrero de 2005);

b) el trastorno mental padecido por el sujeto pasivo, informado por peritos, ha de ser de una intensidad tal que afecte a su capacidad de autodeterminación, porque no le permita conocer el significado de su comportamiento sexual o acomodar su conducta a ese conocimiento, y cuando no sea tan intenso puede determinar la apreciación de abuso de

⁸Vid. Tomás S. Vives Antón.... (ojo Oj0)

superioridad (STS de 30 de octubre de 2005); y que no basta con que el autor sepa de la existencia de ese trastorno, pues necesario es que abuse de dicho estado (STS de 4 de septiembre de 2003), si bien en ocasiones, en especial cuando el trastorno era muy evidente, se aprecia una tendencia a objetivar el abuso, a tenerlo por presente sin entrar en más disquisiciones, algo que resulta cuanto menos cuestionable, pues tener conocimiento de algo no supone sin más aprovecharse indebidamente de ese conocimiento (si una persona aquejada de un síndrome de Down muy acusado se encariña profundamente de la persona que la cuida, se manifiesta extremadamente efusiva con ésta hasta el punto de presionarla y provocar contra su voluntad contactos sexuales, que el cuidador no rechaza por temor a herir la delicada sensibilidad de la persona a su cargo y por el gran afecto que le profesa ¿diremos que ha cometido abuso sexual?

c) para la aplicación del art. 181.3 ha de concurrir un doble requisito: la existencia de una posición de superioridad y el prevalimiento de la misma, que no puede presumirse, que ha de quedar probado, pudiendo tener la primera un origen muy variado (SSTS de 14 de febrero de 2000, 17 de mayo de 2002 y 12 de febrero de 2008, entre otras)⁹. De modo que, podría concluirse, la situación de superioridad ha de ser relevante, lo suficientemente relevante como para, caso de ser utilizada, coartar la libertad de elección del sujeto pasivo; y ha de ser eficaz, de suerte que los actos sexuales sean fruto de un consentimiento que de otro modo no se hubiera obtenido. Por tanto, si la persona que se encuentra en situación de inferioridad accede a realizar tales actos porque los desea, no hay abuso sexual;

d) en el autor de los delitos de abusos y de agresiones debe concurrir un ánimo libidinoso; idea recurrente precisada de alguna puntualización por cuanto una cosa es que, de suyo, quien agrede o abusa sexualmente de otra persona procede con dicho ánimo, y otra que los tipos de acción de los referidos delitos alojen un elemento subjetivo consistente en ese específico ánimo: en las agresiones y en los abusos las acciones típicas son tan inequívocamente sexuales, máxime cuando se trata de penetraciones por vía vaginal, anal o bucal, que huelga la exigencia de aquel ánimo, y así lo comprendió el legislador (vid. las SSTS de 9 de julio de 1999 y 22 de febrero de 2002, v.gr.). No obstante, ante algunas acciones que pueden tener significado sexual o no cabe la duda respecto de la necesidad de que estén trascendidas por aquella clase de ánimo, y la doctrina habla de delitos de tendencia interna trascendente (un tocamiento

⁹La reciente STS de 13 de junio de 2013 resalta, como en anteriores ocasiones, a propósito del prevalimiento "... el dato objetivo de la diferencia de *edad no es suficiente* para crear, sin más, una situación de superioridad, pues... es necesario que el desnivel y la posible *disparidad de madurez* entre una y otra persona, hayan sido aprovechadas por la de más edad, para obtener un consentimiento que, de otra forma, no se hubiese logrado" (STS de 15 de octubre de 2001) y que, en la actual redacción de ese precepto en el Código vigente, "la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de *desnivel notorio* entre las posiciones de ambas parte, en el que una de ellas se encuentre en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir.

de una zona íntima puede constituir abuso o no, según se efectúe con ánimo lúbrico o de burla o broma)¹⁰;

e) la consumación de los delitos de agresiones y abusos sexuales, particularmente los consistentes en acceso carnal por vía vaginal, cuando la víctima es una niña de corta edad, se estima producida cuando la unión de los órganos sexuales de autor y víctima llega al extremo de lo posible, y se habla la *coniunctiomembrorum* (SSTS de 14 de mayo de 1999, 20 de julio de 2001, 28 de abril de 2005). La solución jurisprudencial es muy razonable; sin embargo, no es disparatado plantear si esa lectura es acorde con el principio de legalidad, toda vez que unos roces sobre la zona vestibular no constituyen en rigor acceso carnal; y de ser imposible la penetración, a causa de la desproporción existente entre los genitales del agresor y del sujeto pasivo, podría traerse a colación la tentativa inidónea, la tentativa no absolutamente inidónea, por supuesto, que es tentativa al fin;

f) la repetición del coito por el atacante supone la realización de varios delitos de violación (STS de 24 de enero de 1989, por ejemplo); se ha matizado que cuando se produce tal repetición puede apreciarse concurso real si hay una separación espacio-temporal y un dolo renovado en cada ocasión, (STS de 27 de abril de 2006); que hay delito continuado de agresiones sexuales, siempre que el mismo sujeto copula varias veces con su víctima de forma seguida e inmediata, en el marco de una misma ocasión, con análogas circunstancias de tiempo y lugar, bajo la misma situación de fuerza o intimidación, y todos los actos sexuales responden al mismo impulso libidinoso no satisfecho (SSTS de 26 de marzo y 7 de octubre de 2003, 23 de abril de 2004, 19 de abril de 2010). Al respecto cabe señalar que tratándose de acciones que afectan a aspectos tan íntimos de la vida de una persona, de la de la víctima sobre todo, dar relevancia a la “satisfacción íntima del criminal”, porque “los actos responden al mismo impulso libidinoso no satisfecho hasta la realización de esa pluralidad, con o sin eyaculación, sea por insatisfacción íntima del criminal, sea por impulso del furor erótico”, como se dice en las SSTS citadas más arriba, no me acaba de parecer pertinente. Me inclino a pensar en la existencia de un concurso real, que puede recibir el tratamiento penológico del art. 74 CP, atendiendo a “la naturaleza del hecho y del precepto infringido”, conforme a lo cual resulta más viable la estimación de la continuidad delictiva en los abusos que en las agresiones (Vid. las SSTS de 23 de febrero de 2001 y 7 de octubre de 2003).

g) en el delito de abusos sexuales caben las diferentes formas de participación (STS de 10 de octubre de 2006), yaunque sin la rotundidad con que lo ha hecho en las agresiones sexuales, en relación con situaciones complejas, como las atinentes a la cooperación necesaria por comisión por omisión (SSTS de 12 de junio de 1992, 22 de febrero de 1994) o la contribución a crear un clima intimidatorio con la sola presencia (STS de 22 de febrero de 1994), ha admitido la comisión por omisión en alguna resolución (como en la STS de 27 de junio de 2001);

Esta breve panorámica, efectuada sobre los pareceres jurisprudenciales a propósito de varios aspectos esenciales de los delitos de abusos sexuales, viene a

¹⁰Vid. E. Orts Berenguer, *Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción, en Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y Estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón, tomo II, págs. 1483 y ss. Tirant lo Blanch, 2009.* E. Orts Berenguer y J.L. González Cussac, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, pág. 243 y ss.

fortalecer la opinión expuesta sobre la futilidad de la reforma que puede materializarse o no. Si el TS es exigente a la hora de apreciar el abuso de superioridad o los distintos componentes de las distintas figuras, y procede muy correctamente al hacerlo, ¿qué quedaría en pie de los desmañados tipos en fase de Proyecto llegado el momento de aplicarlos?

3. ABUSOS SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS

3.1. ABUSOS DEL ART. 183

Con arreglo al artículo 183.1CP “el que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años”. En tanto la redacción asignada a este precepto en el Proyecto dispone que “El que realizare actos *de carácter sexual* con un menor *de dieciséis años...*”

El artículo 183 experimenta otras modificaciones que más tienen que ver con las agresiones que con los abusos, en particular la que se materializa en un nuevo tipo (compeler con violencia o intimidación a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero) y con algunas de las circunstancias del apartado 4.

El número 1, además de aumentar el límite de edad hasta los dieciséis años, sustituye “actos que atenten contra la intimidad sexual” por “actos de carácter sexual”; sustitución no exenta de consecuencias, pues si con el texto en vigor puede considerarse típico un comportamiento de índole libidinosa, susceptible de lesionar el bien jurídico, en el que el autor no llegue a establecer un contacto físico con el menor, con el del Proyecto parece imprescindible una actividad sexual compartida, con contactos físicos incluidos. Inducir a un menor a que ejecute alguna acción sobre su propio cuerpo ¿satisface las exigencias del tipo de acción?

Sin entrar a fondo en el número 4, sí cabe apuntar su dudosa necesidad, toda vez que compeler a un menor, con violencia o intimidación, a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero tiene cabida en las agresiones sexuales básicas o en la violación, en función de la acción sexual practicada, de las que se respondería a título de cooperador necesario (o de coautor en algún caso).

3.2. ABUSOS DEL ART. 183 BIS

Se trata de una figura de nueva planta, absolutamente prescindible, que reza así: “*El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*”

Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años”.

Dos son los hechos tipificados en el párrafo primero, en relación siempre con menores de dieciséis años: determinarles a participar en un comportamiento de naturaleza sexual y hacerles presenciar actos de carácter sexual.

El primero presenta como principal problema el de establecer el sentido de “determinar”. Si determinar a un menor se interpreta como hacerle tomar la decisión de participar en un comportamiento de naturaleza sexual, y no es una traducción descabellada, se le está dando al referido verbo idéntica significación que a inducir en el marco de la autoría. Y ha de entenderse que se trata de hacerle tomar una decisión sin valerse de violencia ni intimidación o engaño, etc., pues cuando el legislador ha querido especificar tales extremos así lo ha hecho (art. 188). Y ha de convencerse con fines sexuales cualesquiera, sin mayor especificación, por lo que, parece, se comprenden tanto las acciones realizadas para complacer a quien le determina o a un tercero como las efectuadas por el menor sobre su propio cuerpo.

¿Había un “vacío” legal que era indispensable cubrir con esta tipificación, que no aparecía en los anteproyectos? Realizar actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años se castiga en el art. 183.1 del proyecto, en todo caso; inducir, favorecer o facilitar la prostitución de un menor de edad, en el art. 188.1, también del proyecto. Cabe pensar que quizás el objeto del artículo sea reprimir la ayuda prestada a un tercero para que realice actos de carácter sexual con un menor, pero de ser aquella relevante constituiría cooperación necesaria del primer delito citado. Solamente se me ocurre que se quiera considerar delictivo determinar a un menor a relacionarse sexualmente con otro menor, que si es de edad, grado de desarrollo o madurez aproximada a la del primero, no incurriría en responsabilidad criminal por mor del art 184 quáter del proyecto. Y entonces tendríamos que la participación en un hecho atípico sería constitutiva de delito. Asimismo cabe pensar en que se pretenda castigar a quien lleva al ánimo de un menor la idea de masturbarse. Claro que si el menor lo hace regularmente resulta un díslate y si no lo hace, pues también, porque la única explicación a tal finalidad punitiva es de índole moralizante. Sin olvidar que el art. 181 CP puede ser aplicable a tales supuestos si media abuso de una situación de superioridad. Y si falta ésta ¿qué bien jurídico se lesiona cuando se procede así?

Por otra parte, el empeño de seguir a pie juntillas las directivas de la Unión europea (a ser más papista que el papa, si se prefiere) lleva en esta ocasión, y no es la única, a tipificar hechos que el CP vigente contempla y sanciona sobradamente. La segunda conducta descrita en el art. reproducido tienen perfecto encaje en el art. 183.1 y 2 CP, cuando el sujeto pasivo es menor de trece años, pues bien pueden reputarse actos que atentan contra su indemnidad sexual; como lo tienen en el art. 185 CP, con independencia de la edad del menor.

La agravación prevista para cuando se haga presenciar al menor unos abusos sexuales, puede responder a la preocupación por reprimir con mayor severidad prácticas que pudieran influir negativamente en el desarrollo de la personalidad y en el aprendizaje del menor, y el temor a que pudiera repetirlas; mas, entonces ¿por qué no castigar también con superior dureza a quien hace presenciar una violación?

Por otra parte, la expresión “hacer presenciar” es ambivalente, pues tanto significa acompañar al menor y proporcionarle la visión del abuso como imponérsela, en forma que recuerda al compeler del delito de coacciones. Si tal lectura prosperara se produciría un resultado paradójico, de compelerse a un menor con violencia a contemplar un abuso sexual, pues podríamos estar ante unas coacciones específicas castigadas con pena de prisión menos grave que la prevista en el art. 172 CP. En todo caso, la misma existencia del delito de coacciones, perfectamente aplicable a la conducta típica si hay violencia,

fortalece la convicción de que estamos ante una figura innecesaria y prescindible, pues para los hechos que contempla hay respuestas suficientes en el texto penal en vigor.

El tipo propuesto, de ser aprobado, generaría problemas, concursales sobre todo, sin aportar solución a nada. De entrada, habría dos delitos: el del párrafo segundo comentado y el de abusos que se obliga a presenciar, entre los que habrá o no alguna clase de concurso en la medida en que los autores de ambos delitos tengan algún acuerdo y participen en el delito del otro. Y surgirían concursos con otros tipos del mismo título, de no fácil demarcación.

3.3. ABUSOS DEL ART. 183 BISCP Y 183 TER 1. DEL PROYECTO

El art. 183 bisCP y el 183 ter.1 del Proyecto coinciden en todo salvo en la edad límite del sujeto pasivo. En ambos arts. se describe la misma conducta: “El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”. Pero el Proyecto fija en *dieciséis años* el tope de la edad del menor con el que se contacta para que el hecho sea típico.

Como se ha repetido por la doctrina -no tengo noticia de que los tribunales de justicia se hayan pronunciado sobre este delito *deon line childgrooming* o ciber acoso-, estamos ante unos actos preparatorios que serían impunes en ausencia del artículo transcrito, y que en la práctica, barrunto, siguen siéndolo a juzgar por la escasísima operatividad que está teniendo el precepto en cuestión, al que se ha agregado un apartado 2, el siguiente: “El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”. Y si el delito penado en el apartado 1 es de complicada lectura, el del número 2 no lo es menos.

3.3.1. Ciber acoso

El ciber acoso tiene una estructura realmente compleja, plantea el arduo problema de la prueba del elemento subjetivo de que le ha dotado el legislador y abre una interrogación a propósito de por qué no figuran los delitos de los arts. 187 y 188.2 y 3 entre los que persigue cometer el ciber acosador. El delito consta de: a) la acción de contactar con un menor de trece/dieciséis años; b) a través de alguno de los medios señalados; c) proponerle concertar un encuentro; d) para cometer alguno de los delitos comprendidos en los arts. 178 a 183 y 189; y e) acompañar tal propuesta de actos materiales encaminados al acercamiento.

La preocupación u obsesión por las transmisiones y comunicaciones electrónicas, muy comprensible en los tiempos que corren, deja al descubierto sistemas más tradicionales,

pero con idéntica potencialidad lesiva. ¿No es también un acto preparatorio, con tanto riesgo para el bien jurídico, mandar por correo ordinario a un menor una nota, una carta o una tarjeta postal, escritas a mano o a máquina o impresas, proponiéndole un encuentro, con intención de abusar sexualmente de él?¹¹

Al margen de la valoración que pueda merecer el tipo de acción del art. 183 bis, no acaba de entenderse que se haya dejado fuera del delito comentado la propuesta de concertar un encuentro para favorecer o determinar la prostitución del menor, que no es menos dañina para su formación y su futuro que participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o en la realización de material de este género.

La inclusión en un tipo de un elemento subjetivo siempre ha de contemplarse con reservas, por las dificultades probatorias que encierra, aun cuando en ocasiones sea absolutamente necesario para delimitar y dotar de sentido una tipificación. En el art. 183 bis se exige que quien contacta con el menor lo haga con el designio de hacerle víctima de uno de los delitos enumerados, y es razonable tal exigencia, pues estaría ayuno de justificación el castigo de un simple contacto sin ninguna finalidad que implicara un mal amenazante para el bienestar del menor, pero su prueba se antoja complicada.

La naturaleza de acto preparatorio, de delito de peligro abstracto y su propia configuración hacen incompatible el ciber acoso con la tentativa, puesto que, con arreglo al art. 183 bis CP (o 183 ter del Proyecto), es indispensable que se produzca el contacto y se proponga al menor mantener un encuentro, con el acompañamiento de actos materiales encaminados al acercamiento. Un mensaje que no llega a manos del destinatario carece de la más elemental capacidad de generar alguna clase de peligro para el bien jurídico, y los principios de proporcionalidad y ofensividad vedan su punición. Lo que no es preciso es que el encuentro acontezca, pero el contacto con el menor sí.

Por último, la cláusula concursal “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos” es clara y reconduce al concurso medial los supuestos en que se consuma alguno de los delitos indicados. No obstante, puede haber casos en los que una aplicación automática de la cláusula reproducida entre en colisión con el principio constitucional “non bis in ídem”, y entonces habría de recurrirse a las reglas del art. 8 CP, a la de consunción en particular, como sucede con carácter general en la progresión criminal¹², en la que todo nuevo paso dado en dirección a la consumación absorbe a los precedentes: la conspiración o la proposición son absorbidas por la tentativa que lo es, a su vez, por la consumación.

3.3.2. Ciber embaucamiento con fines pornográficos

Para cuando alguien contacta con un menor de dieciséis años (o de dieciséis), por alguno de los medios seleccionados, y realiza actos dirigidos a embaucarle para que facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, está proyectado el número 2 del art. 183 ter. Sin

¹¹Por ello, se ha dicho que hubiera sido preferible emplear los términos “cualquier medio” (J. BoixReig, *Derecho Penal cit.*, pág. 357).

¹² M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 178.

entrar en el análisis de este apartado, ni en el concepto de material pornográfico¹³, merece destacarse que castigar con idéntica pena las dos conductas citadas resulta inexplicable. Y todavía más inexplicable que se castigue a quien consigue que un menor le proporcione material pornográfico genérico. Si un menor posee material pornográfico para su propio uso, obtenido por el procedimiento que sea, y un adulto le convence, por las malas o buenas artes que se le ocurran, para que se lo facilite y el menor accede ¿cuál es el bien jurídico lesionado o puesto en peligro? ¿O acaso se piensa que si el menor es persuadido para que entregue material pornográfico, bajado de la red o adquirido en cualquier establecimiento del ramo, se ha dado un primer paso para conseguir material en el que interviene el menor? Me parece un disparate. Otra cosa es, naturalmente, que el material pornográfico esté protagonizado por el menor, pero que en el referido material aparezca el menor, no una mera representación suya, más o menos aproximada, por cuanto su nocividad para el bien jurídico es harto remota.

4. CONSENTIMIENTO DEL MENOR

El consentimiento del menor siempre ha sido eficaz para determinar la atipicidad de las relaciones sexuales que, libremente, decidía mantener con sus iguales, podríamos decir, en ausencia de violencia, etc. Ahora, el Proyecto, en su art. 184 quater, más bien debería ser el 183 quater, proclama que “*El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima a la víctima por edad y grado de desarrollo o madurez*”.

La naturaleza bipolar atribuida al consentimiento, como causa de justificación o permiso fuerte y como causa de atipicidad, según los casos, se observa de manera transparente en relación con los delitos sexuales, que describen acciones solamente punibles cuando se realizan con violencia, intimidación, abuso de una posición de superioridad, etc., e irrelevantes cuando se ejecutan de manera libre y consciente. Mas, pese a la evidencia de la eficacia del consentimiento para exonerar de responsabilidad penal a quien actúa a su abrigo, vía principio de legalidad, puesto que lo no prohibido está permitido y es, por ende, atípico, o permiso fuerte o causa de justificación, función, reconocida implícitamente en el art. 20.7 CP (en tanto la renuncia a un derecho es, las más de las veces, una forma legítima de ejercerlo), puede ser oportuna la declaración expresa de la validez del consentimiento del menor, que siempre podría cuestionarse justamente por su condición de menor de edad y sus consiguientes aptitud para actuar de modo responsable, libre y consciente, y capacidad para ejercitar sus derechos (como podría hacerse desde la perspectiva de concepciones morales ultraconservadoras).

El pre-legislador ha querido dejar claro que los menores de dieciséis años pueden interrelacionarse sexualmente con personas de una edad aproximada a la suya, de un grado de madurez y desarrollo similares a los suyos, sin injerencia alguna del Derecho penal, siempre que procedan con libertad; pero no con adultos. El art. 183 del Proyecto (y el 183 CP, con otros términos y otra edad) establece la intangibilidad sexual de los menores de dieciséis años al castigar al que realiza “actos de carácter sexual con ellos, como responsable de abuso sexual”. Y, por más que sea obvio, que el menor que tiene acceso carnal con otro menor, de mutuo acuerdo, no incurre en responsabilidad bien

¹³Vid. E. Orts Berenguer y M. Roig Torres, *El concepto de material pornográfico en el ámbito penal*, en *ReCrim 09*, págs. 82 y ss.

está que se diga en el CP. Por encima de los dieciséis y hasta los dieciocho, el consentimiento libremente prestado por el menor será válido, en la medida en que no se dé alguno de los supuestos típicos del título VIII CP, en los que el consentimiento resulta irrelevante (como en el art. 185, en el 187 o en el 189).

Dicho esto, se suscitan algunas cuestiones que paso a comentar. La primera procede de la formulación del art. 184 quater (ó 183 quater) cuando dice “excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo” (el capítulo II bis del título VIII), y puede exponerse así: ¿el consentimiento excluye la responsabilidad penal por todos y cada uno de los delitos del referido capítulo, en el que se contiene, entre otros, el de violación (art. 183.2 y 3 CP y Proyecto)? Puede argumentarse que si hay consentimiento y aceptación de la violencia o de la intimidación y del acceso carnal, no hay en realidad violación; y si como consecuencia del empleo de violencia se ocasionan unas lesiones ¿vendrá en aplicación el art. 155 CP que, expresamente, niega validez al consentimiento otorgado por un menor de edad? Y ¿sería eficaz el consentimiento del menor si se le compeliere con violencia o intimidación a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero? Podría serlo respecto de la persona que le compele si es un menor, pero no respecto del acto sexual realizado con un tercero si éste es adulto. ¿Y qué delito cometería este adulto? Si desconociera la existencia de la violencia o de la intimidación, cometería un delito de abuso del art. 183.1 del Proyecto; si la conociera, en delito del art. 183.2.

El pre-legislador exige con precisión que el consentimiento del menor sea libre, y es más flexible en relación con el siguiente requisito: que *el autor sea una persona próxima a la víctima por edad y grado de desarrollo o madurez*. Evidentemente, la estimación de este requisito habrá de hacerla el juzgador a partir de unas valoraciones, apoyadas en los pertinentes dictámenes periciales, con la consiguiente incerteza. Pero no es un demérito del art., porque en cualquier caso, con él o sin él, quien juzga ha de valorar si en el ejercicio de unos actos de sexualidad compartidos los intervinientes han procedido con libertad o no, si uno ha podido servirse o abusar del otro porque tenía respecto de éste una posición de superioridad, cuyo origen podía residir en las diferencias de edad, desarrollo, madurez, etc.

Dicho todo lo anterior, es de advertir que recientes informaciones periodísticas dan cuenta de que la edad, a partir de la cual el consentimiento de los menores será válido, es la de dieciséis años, y consiguientemente los actos de carácter sexual habidos con un menor de la mencionada edad serán constitutivos de abuso sexual.

5. EXHIBICIONISMO

El delito de exhibicionismo no se ve afectado por el Proyecto, que lo deja como está: “*El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado...*” (art. 185 CP). Y así subsiste el paradójico tratamiento dispensado al consentimiento del menor en el ámbito de los abusos sexuales y en el del exhibicionismo, como ha quedado expuesto más arriba, con el eventual cambio del límite de edad anunciado.

El exhibicionismo es delictivo cuando concurren los siguientes elementos: a) la realización de actos de exhibición obscena; b) ante un menor de edad; c) de forma intencionada.

a) Los actos de exhibición obscena han de ser realizados por el propio autor o por una tercera persona. Y bajo esta simple afirmación subyacen varios problemas que intentaré comentar.

El primero es el atinente a la delimitación de lo que debe entenderse por actos de exhibición obscena, concepto valorativo y cambiante al compás de los tiempos y las costumbres. La mayoría de las sentencias pronunciadas por el TS sobre el delito, han tenido que ver con el hecho de mostrar un adulto varón sus órganos genitales a un menor (vid. por todas la SSTS de 6 de mayo de 2010). Pero no terminan ahí las posibilidades típicas. Podríamos decir que el delito se asienta sobre la acción de exponer a la contemplación de los ojos de un menor actos inequívocamente sexuales y/o partes íntimas de propio cuerpo o del de otra persona, a partes asimismo inequívocamente sexuales. Y, como se matizó al hablar de los abusos, la referida acción ha de tener intensidad y objetividad bastantes para perturbar anímicamente a un menor. Lo que comporta negar entidad delictiva a prácticas sumamente deseadas por algunas personas, para las que sin duda son el summum de sus ensoñaciones, pero objetivamente no parece que ostenten la gravedad suficiente para ser acreedoras a la calificación de delictivas (la visión de un pie femenino descalzo es muy excitante para un fetichista con esa fijación; pero sería un despropósito condenar por exhibicionismo a la mujer que se quita las zapatillas y los calcetines ante un menor).

Con las anteriores reflexiones algo se ha matizado el concepto de actos de exhibición obscena, pero siempre quedarán situaciones dudosas que el buen sentido del juez habrá de ponderar en cada caso, atendiendo al contexto y a las circunstancias del caso. Es claro que enseñarle a un menor los órganos genitales, cubre las exigencias típicas, mas ¿enseñarle los pechos o las nalgas?

b) Los actos de exhibición obscena pueden ser realizados por el autor o bien éste puede hacer que los realice otro. En esta segunda hipótesis, entre quien realiza los actos de exhibición obscena y el autor pueden darse diferentes relaciones, pues “hiciere ejecutar” puede entenderse de varias maneras. Autor y exhibidor pueden estar concertados, a partir de una conspiración, de una proposición, de una provocación o de una inducción, y entonces ambos responderán por el delito del art. 185, uno por hacer ejecutar y el otro por ejecutar los actos de exhibición; o no estarlo, sea porque el autor fuerza a quien hace los actos de exhibición o le utiliza sin él saberlo. Si un sujeto mediante violencia, intimidación, prevaliéndose de una posición de superioridad, etc. logra que una persona efectúe actos de exhibición obscena ante un menor, el primero responderá por “hacer ejecutar” -una suerte de autoría mediata del delito de exhibicionismo si éste estuviera formulado sólo con la expresión “el que ejecutare”-, y como responsable de un delito de coacciones (si sólo se le obliga a desnudarse ante el menor, v.gr.) o del correspondiente delito del título VIII (si se le exige que se masturba, etc.). También es posible que el autor convenza a otra persona, para que realice algún ejercicio de sexualidad o de exhibición, y a un menor para que lo contemple, sin que la segunda sepa que está siendo observada.

Ahora bien las cosas pueden complicarse bastante, si el Proyecto prospera, debido a que en su art. 183 bis se castiga al que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, y con pena agravada, si son constitutivos de abusos sexuales. ¿Media alguna diferencia entre hacer presenciar y ejecutar o hacer ejecutar? Me parece que no, hacer presenciar no tiene necesariamente

un carácter imperativo e impositivo, por lo que si se compele al menor entra en juego el art. 172. Sí hay una diferencia en las edades puesto que el art. 185 CP es aplicable cuando la exhibición obscena se lleva a cabo ante un menor de dieciocho años y el 183 bis, cuando el sujeto pasivo tienes menos de dieciséis años.

c) Los actos de exhibición obscena han de perpetrarse intencionadamente, con un propósito. Quien los ejecuta o los hace ejecutar ha de querer que los vea un menor, con un propósito sexual o sin él, pero con plena consciencia de que está realizando o haciendo realizar a otro un acto de contenido sexual, con independencia de cuáles sean sus móviles o sus deseos. Ha de querer implicar al menor en dicho acto, para hacerle participar en su concepción o vivencia de la sexualidad o para vengarse de una afrenta que le infirió el progenitor o la progenitora del referido menor o por el motivo que fuere. Eso es indiferente. Si pone su órgano sexual a la vista del menor, por ejemplo, ha de ser porque quiere mostrárselo, porque ese acto le complace y satisface, porque desea causarle una especie de efecto shock, porque quiere despertar su curiosidad o intenta seducirle, etc. El tipo de acción no contiene de manera expresa un elemento subjetivo, pero la doctrina exige la presencia de un ánimo lascivo, del deseo de involucrar al menor en un plan, en tanto delito de tendencia interna¹⁴ pero el dolo del autor ha de abarcar el conocimiento de que el acto ejecutado es obsceno, pertenece a la categoría de las acciones de carácter sexual. El gesto de extraer el órgano genital para orinar ante un menor, sin más, no debe ser considerado un delito de exhibición obscena, sino simplemente una muestra de mala crianza y vulgaridad.

Para concluir estas consideraciones y en relación con una ya reiterada, cabe plantear esta interrogante: si un adulto se desnuda ante un menor de dieciocho años pero mayor de trece (o de dieciséis o de dieciséis), intencionadamente y con ánimo lúbrico, etc., sin que concurra ninguno de los supuestos o circunstancias típicas previstos en los arts. 178 y siguientes CP y Proyecto, y a continuación realizan de mutuo acuerdo el acto sexual, no comete un delito de abusos sexuales, pero ¿habrá incurrido en un delito de exhibicionismo?

6. CORRUPCIÓN DE MENORES

El número 4 del art. 189 CP castiga a “*el que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste*”. Poco bueno puede decirse de este precepto, incorporado al CP por la ley orgánica 11/1999, para garantizar una auténtica protección de los menores en el ámbito sexual y calmar la alarma social causada por algunos tristes sucesos, según la desafortunada Exposición de motivos de la susodicha ley. El pre-legislador de 2013, por el contrario, ha debido considerarlo prescindible, toda vez que no lo conserva el Proyecto.

La corrupción de menores del art. 189.4 CP supuso, y continúa suponiendo, otra vuelta de tuerca en el afán de instaurar la intangibilidad sexual de los menores. Basta con repasar el aparato punitivo precedente y posterior al citado art. para comprenderlo así. El legislador quiso que, prácticamente, cualquier contacto sexual entre un adulto y

¹⁴ Vid. J.L. Díez Ripollés, *Exhibicionismo y pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch, 1982; F. Morales y García Albero, en *Comentarios cit.*, pág. 369.

un menor estuviera o pudiera ser criminalizado. De suerte que si una relación de esa índole no encajase en las tipicidades establecidas, siempre fuera posible subsumirla en una figura de recogida. Ese es el papel asignado a la figura de la corrupción de menores, que, por lo demás, no deja de suscitar problemas interpretativos.

a) La conducta típica es la de “hacer participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual”, y no se trata de una formulación clara y taxativa. Pues ¿qué significa hacer participar? El TS, en acuerdo de 9 de febrero de 2005, se manifestó partidario, en principio, de incluir en el sujeto activo del delito solamente a quien realiza una actividad de tercería respecto del comportamiento sexual. A bote pronto, esta solución, digamos que transitoria, puede valorarse positivamente siquiera sea porque es restrictiva y todo lo que ayude a reducir la aplicabilidad de este delito merece una mirada agradecida. Pero su admisión tropieza con algún obstáculo. Si el sujeto activo de la infracción queda circunscrito a quien desarrolla labores de alcahuetería, el que realiza una acción sexual conjunta con el menor no puede ser autor del delito de corrupción. Y si en esa acción no ha concurrido ninguno de los elementos de las distintas tipicidades del título VIII, y el menor tiene más de trece y ha consentido libremente, el adulto que ha yacido, por ejemplo, con él no incurre en delito alguno. De manera que el que ha intervenido como mediador delinque y el que comparte acto sexual con el menor no; siendo así que el perjuicio de que habla el art. 189.4 vendrá producido justamente por el mencionado acto. Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que el compañero sexual del menor coopera necesariamente con el autor del delito de corrupción, inimaginable sin un tercero que practique una actividad sexual con el menor. Y entonces tendríamos que quien copula con el menor no es autor de corrupción sino cooperador necesario de una tercería. Y una cooperación material que puede quedar impune si el sujetodesconoce que el menor se ha acostado con él, pongamos, porque el autor de la corrupción ha hecho participar al menor en un comportamiento sexual...

En el fondo, cuando una persona mantiene relaciones sexuales con otra ¿la hace participar en un comportamiento sexual, consentido por supuesto? ¿Hacer participar tiene carácter imperativo y está referido a un comportamiento entre un tercero y un menor de edad?

Por otra parte, el castigo de la tercería está contemplado también en el art. 187, pues hacer participar no es muy distinto de inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución. El que favorece en general la prostitución de un menor ¿contribuye a la corrupción éste? El que hace participar a un menor en un comportamiento sexual con un tercero ¿favorece, facilita, promueve, etc. la prostitución de ese menor? Se ha dicho con sensatez que la corrupción es el género y la prostitución la especie¹⁵, castigada además con pena más grave, y en consecuencia que el delito de art. 187 ha de aplicarse con preferencia al 189.4 (art. 8), todos CP. Y téngase en cuenta que aun cuando la jurisprudencia habla de que la prostitución se caracteriza, entre otras, por la nota de la habitualidad (STS de 7 de abril de 1999, por ejemplo), no es menos cierto que ha estimado cometido el delito del art. 187 cuando se ha acreditado una única relación sexual a cambio de un precio.

b) La denominación “corrupción de menores” da pie a preguntarse si el delito penado en el número 4 del art. 189 puede traerse a colación, cuando se hace participar

¹⁵S. Aguado López, *Derecho Penal. Parte Especial*, dir. por J. Boix, Iustel, 2010.

en un comportamiento de naturaleza sexual a un menor ya “iniciado en la corrupción”, si tal cosa puede decirse.

Se trata de una pregunta algo distinta a la que se hicieron doctrina y jurisprudencia sobre el papel del cliente en la prostitución de menores¹⁶, para la cual podría ser admisible una respuesta del siguiente tenor: si la relación sexual venal con un nuevo cliente nada incide en la continuidad del menor en el ejercicio de la prostitución, sería desproporcionado su castigo. Pues bien, en la corrupción de menores una respuesta similar me parece improcedente, improcedente porque, prescindiendo del nombre con el que se conoce el delito, y de que dicho nombre figura en la rúbrica del capítulo V, si nos atenemos, como debemos atenernos, al texto del número 4 del art. 189, de conformidad con el mismo ha de mantenerse que si, como es manifiesto, el delito gira en torno al perjuicio causado en la evolución y el desarrollo de la personalidad del menor (que no es exactamente lo mismo que corromper al menor, signifique lo que signifique corromper), ese es el dato al que habrá de atenderse. De modo que si a raíz de su participación en un comportamiento de carácter sexual la evolución o desarrollo de la personalidad del menor sufre un perjuicio, hay delito. Y es indiferente que el citado menor tenga una vida sexual muy activa o que haya vivido experiencias de distinto signo. Si se da el perjuicio típico, hay delito. Eso sí, habrá de tratarse de un menor de dieciocho y mayor de trece (o de dieciséis o de dieciséis, el tiempo lo dirá), pues, como es notorio, por debajo de dicha edad opera el art. 183.

c) Comportamiento de naturaleza sexual será todo aquel idóneo para despertar y satisfacer el instinto venéreo, con la matización ya hecha al comentar los abusos sexuales, en cuanto a trascendencia y capacidad para dañar la evolución y desarrollo de la personalidad del menor.

Es muy probable que en este punto sea necesario insistir en un aspecto no estrictamente sexual. Por descontado, el delito requiere la ausencia de todo vestigio de agresión o abuso sexuales, hay que discurrir, siempre a partir de situaciones libremente aceptadas, por ello, sólo se me ocurre apuntar, como posible rasgo característico del delito analizado, que el proceder sexual del autor comporte la creación de un clima morboso, insano, desquiciado, angustioso, turbio, frustrante, de puro desvarío, o algo así, y que ese clima envuelva e impregne al comportamiento sexual en el que se hace participar al menor, por cuanto la acción sexual en sí misma no tiene porqué ser la causa principal del perjuicio. Una variante sexual “normal”, consentida, habida en un ambiente grato, afectuoso,... no causa daño alguno a nadie, enfermedades de transmisión venérea al margen (con la excepción tal vez de a personas fuerte y enfermizamente reprimidas por distintas razones, incluidas las religiosas ultra-ortodoxas, aunque, en realidad, a esas personas no es la actividad sexual compartida la que puede hacerles mal). Ese clima, ese contexto, incluso determinadas modalidades sexuales¹⁷, son susceptibles de perturbar seriamente al menor. Y ¿en qué puede consistir esa perturbación? En alguna suerte de trastorno, alteración, ansiedad, que condicionen y limiten la vida del menor, especialmente en el orden sexual. Con razón se ha dicho que

¹⁶ Antes de la reforma sufrida por el art. 187.1 por L.O.5/2010, se entiende.

¹⁷ Piénsese en prácticas relacionadas con la necrofilia, la coprofagia, etc.

no se alcanza a comprender qué conductas merecen ser reprimidas penalmente cuando no existe en ella limitación de la libertad¹⁸

Al hablar del perjuicio en el desarrollo y evolución de la personalidad del menor procuraré completar estas consideraciones.

d) Como ha quedado dicho, el sujeto pasivo del delito es un menor de entre trece y dieciocho años. Y no está vedado que un menor de edad pueda cometerlo contra otro menor (un menor de casi dieciocho años con otro de trece ya cumplidos, sin ir más lejos). Y ya puestos, podemos plantearnos si un menor más avezado y curtido en prácticas sexuales puede corromper a otro menor de más edad y menos experiencia.

e) La evolución o el desarrollo de la personalidad del menor han de resultar afectados negativamente a causa de su participación en un comportamiento de naturaleza sexual. Y aquí nos topamos con el nada sencillo problema aclarar la significación de este elemento (de este resultado) esencial del delito. El hecho típico consta de esos tres elementos: 1) hacer participar a un menor; 2) en un comportamiento de naturaleza sexual; 3) que perjudique la evolución o el desarrollo de su personalidad. Han de confluír los tres. Hemos visto los dos primeros.

La concreción de este elemento obliga a determinar qué es un perjuicio en la evolución o el desarrollo de la personalidad del menor, cuándo y cómo se produce y se detecta, y cómo se prueba y conecta con la participación del menor en el comportamiento sexual de marras. La evolución o el desarrollo de la personalidad del menor, principalmente en el ámbito de su vida sexual, pueden verse turbados por una experiencia traumática. Esto parece indudable. Pero en el marco del delito del art. 189.4 no hay violencia, ni intimidación, ni prevalimiento de una posición de superioridad, ni engaño,... Estamos ante una participación consentida libremente, hasta donde puede afirmarse tal cosa, que ha de provocar el perjuicio aludido.

El perjuicio tendrá que ver, como se ha adelantado, con alguna clase de trastorno, estado de ansiedad, que afecte seriamente al menor, con particular incidencia en su vida sexual, en su percepción de la sexualidad, en su actitud ante la misma, y haya sido generado por su participación en un comportamiento de naturaleza sexual.

Ocioso es subrayar que el examen del menor y la valoración de su estado psicológico, del perjuicio originado en el desarrollo o evolución de su personalidad, corresponderá hacerlo a psiquiatras y psicólogos, y al juez resolver. No les arriando la ganancia. Han de determinar, cada uno cumpliendo la función que le corresponde, que se ha producido un perjuicio en el desarrollo etc. y que ese perjuicio trae causa de la participación del menor en un comportamiento de naturaleza sexual concreto, más o menos prolongado, bien entendido que basta un solo encuentro sexual para alcanzar la consumación del delito. El buen sentido nos dice que el perjuicio ha de tener cierta importancia, que es insuficiente un mero berrinche¹⁹, aunque no es preciso que

¹⁸F. Morales Prats y R. García Albero, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (G. Quintero Olivares dir.), Aranzadi. Thomson Reuters, 2010, pág. 413.

¹⁹ Si un adulto que ha mantenido abundantes contactos sexuales con un menor, con la aquiescencia de éste por supuesto, un buen día decide romper la relación que les une, con gran enojo y pesar del menor, que a causa de la ruptura hace una depresión, no podrá afirmarse que ha sufrido el perjuicio típico del art. 189.4, pues en el origen del mismo no está el comportamiento sexual; como tampoco podrá afirmarse la existencia de un delito de lesiones, pues poner fin a un noviazgo, matrimonio, etc., no es un medio o

ostente una gravedad extrema ni que sea crónico, pues si no lo es en las lesiones físicas, tampoco ha de serlo en las psíquicas. Lo que nos conduce directamente a plantear la convivencia del delito de corrupción con el de lesiones. Ciertamente, los bienes jurídicos son distintos²⁰ y las conductas tipificadas, también. Y no obstante, algo tienen en común. El delito de corrupción requiere un perjuicio en la evolución o desarrollo de la personalidad del menor, el delito de lesiones, un menoscabo en la salud física o mental. No se trata de resultados idénticos, pero tampoco de resultados sin la menor tangencia. El perjuicio en la evolución o desarrollo de la personalidad alguna connotación debe de tener con la salud mental. Quizás pueda despejarse la duda y diferenciar los resultados de ambos delitos insistiendo en el específico “medio” comisivo de la corrupción y en que ésta no requiere que la salud mental del menor sufra una mengua equivalente a la del delito de lesiones, ni siquiera que la sufra. Las lesiones conllevan un menoscabo de la salud, la corrupción, no; solamente un perjuicio en el desarrollo o la evolución de la personalidad del menor. Mas ¿tiene algo que ver una cosa con la otra? El perjuicio en el desarrollo o la evolución de la personalidad ¿es psicológico, tiene que ver con la salud mental o es algo que nada tiene que ver con ésta? La corrupción se castiga por ese perjuicio no por el comportamiento sexual del cual deriva aquél.

Y ¿cuánto puede esperarse para determinar que el perjuicio se ha producido? ¿Cuándo se percibe y delimita el perjuicio? ¿Cuánto puede esperarse para determinar que el perjuicio se ha producido y que su causa ha sido la participación del menor en un concreto comportamiento sexual y no por otros, o como secuela de una educación o formación represiva? ¿Desde qué momento comienzan a correr los plazos para la prescripción? Los perjuicios pueden hacerse visibles mucho tiempo después de la verificación del comportamiento sexual...

Nos movemos en terrenos resbaladizos. Basta traer a colación la STS de 4 de abril de 2005. En ella se absolvió a un profesor que había mantenido relaciones sexuales con una alumna de catorce años, consentidas por ésta, y que tuvo un descenso significativo en su rendimiento escolar y una alteración en sus relaciones afectivas, por considerar que estos cambios no estaban relacionados con el bien jurídico que es la indemnidad sexual (¡a saber qué entiende por eso!), toda vez que no constaba ni podía asegurarse que las relaciones sexuales mantenidas con el profesor afectarían en el futuro la libertad de elección de la menor en su comportamiento sexual. Con certeza, ni podía el TS afirmar que dicha libertad de elección se viera condicionada en el futuro, ni podía ni puede hacerlo nadie, pero vincular indemnidad con libertad sexual futura es un razonamiento bastante impreciso. Pues si pensamos que indemnidad es ausencia de daño y lo erigimos en bien jurídico protegido, estamos diciendo que en la corrupción y en el resto de los delitos que tienen a los menores por sujeto pasivo en el título VIII CP, lo que se tutela es una especie de derecho a no ser dañados, a estar indemnes, libres de daños en el ámbito sexual. Eso y nada es lo mismo. No entraña la más leve especificación de algo ya de por sí evanescente como es el bien jurídico²¹. A la postre, ese derecho a no sufrir daño en el orden sexual no es exclusivo de los menores de edad. Todas las personas tenemos ese derecho. Por eso, parece más razonable concretar

procedimiento para ejecutar el delito del art. 147. Bueno estaría que cada vez que una persona se separara de otra y ésta sufriera una depresión, incurriera la primera en un delito de lesiones.

²⁰ S. Aguado López, en *Derecho Penal* cit., pág. 405.

²¹ Con las no pocas dificultades, por no decir por la imposibilidad de encontrar un concepto de bien jurídico válido para explicar y abarcar el vasto conjunto de valores e intereses protegidos en la totalidad del ordenamiento jurídico penal. Vid. T.S. Vives Antón....

en los procesos de formación y socialización de los menores, con algún añadido en determinados delitos, el bien tutelado en el título VIII, cuando de menores de edad se trata. En todo caso, la resolución de la sentencia recogida pone de relieve las enormes dificultades aplicativas que presenta el delito de corrupción de menores en su configuración vigente. Dificultades a las que se suma el grave riesgo de una aplicación basada en la mera iniciación sexual, en línea con una antigua jurisprudencia generada en torno al art. 452 bis.b.1º del anterior CP²². En sentencias...se condenó al adulto que...; en un sentido análogo al de resoluciones recientes, como...

Casi para poner punto final a estas reflexiones sobre el delito de corrupción de menores, puede decirse que el art. 189.4 CP no es un dechado de buena técnica legislativa, es de muy difícil aplicación y encierra el germen de una nada deseable clase de resoluciones judiciales, y, además, me parece innecesario y preñado de oscuras preocupaciones moralizantes. El CP dispone de tipos de acción sobrados para perseguir y castigar hechos portadores de una carga lesiva de entidad proyectada sobre la libertad (hasta donde se les reconoce), y los procesos de formación y socialización de los menores, o sobre su bienestar psíquico si se quiere, sin necesidad de echar mano de este malhadado precepto. Si el legislador opina que en ningún caso un adulto debe relacionarse sexualmente con un menor de edad, debe decirlo y plasmarlo en una norma que disponga algo así como que “El adulto que realice actos de carácter sexual con un menor de edad será castigado con pena de...”, aunque no estaría de más que estableciera alguna salvedad, por ejemplo, para los casos en que dos menores hayan mantenida una más o menos larga relación de pareja o de noviazgo y, un buen día, uno de los dos pase a ser mayor de edad, por haber cumplido dieciocho años, en tanto el otro sigue siendo menor...

Por último, creo que ha acertado el pre-legislador al no incluir en el Proyecto en danza el actual art. 189.4, por más que su supresión obedezca, es de temer, al convencimiento de que resulta superfluo, una vez introducidas todas las ampliaciones y modificaciones brevemente comentadas con anterioridad, y no tanto a una valoración negativa del mismo fundada en sus malas hechuras.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Las reformas que la promulgación del Proyecto de 2013 introducirían en el CP son de tal calado que mudarían en gran medida la configuración de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, singularmente en lo tocante a los delitos concebidos para la protección de los menores. Estos delitos, el conjunto del título VIII, en realidad, desde la entrada en vigor del CP de 1995, han sido objeto de tantas modificaciones que no guardan un gran parecido con cómo eran originariamente. Son, casi con total seguridad, los delitos que más reformas han experimentado desde 1989²³, y para entonces ya

²² Aunque ya no se sabe si el anterior CP es el de 1995, pues de tantas reformas como ha sufrido guarda escaso parecido con el texto vigente en el día de hoy, y todavía menos con el que puede caernos encima si el anteproyecto de 2013 llega a prosperar.

²³ Vid. J. BoixReig, E. Orts Berenguer, T.S. Vives Antón, *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, 1989.

habían experimentado unas cuantas²⁴. Las varias que se han sucedido en el tiempo, la regulación vig

ente y la proyectada, sugieren estas reflexiones finales, nada originales, de puro obvias, por lo demás.

La primera ya ha quedado apuntada: los denominados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales han sido modificados hasta el hartazgo. Si inicialmente estaban concebidos, con mayor o menor perfección, para la protección de la libertad sexual, con la especificidad de la tutela para los menores y los incapaces, en este momento, y si el Proyecto sigue adelante todavía más, el título VIII, junto a la reiterada protección, aloja no pocas, llamémoslas, preocupaciones moralizantes. Es un disparate. Sin paliativos. Unas normas tan sustanciales en un Estado de Derecho, configuradoras de su “Constitución negativa”, no pueden ser alteradas cada dos por tres, sin la necesaria y reposada reflexión, y sin otro norte que blandir el Derecho penal con oscuros y torpes propósitos, para degradarlo en última instancia. En línea con el proceder corriente de quienes no sienten el menor respeto por las instituciones públicas, ni por lo “público”, y están siempre prestos a demolerlo, sin el menor escrúpulo, con tal de alcanzar sus metas. Esta sucesión de reformas no va a acabar con los pederastas, que parece ser el objetivo subyacente en todas ellas; pero sí va a conseguir, ya ha conseguido, que el título VIII sea un conjunto falto de armonía (si fuera una orquesta sonaría desafinada, muy desafinada), pues no es fácil cohonestar unos preceptos con otros, ni técnica vi valorativamente.

Después de todo lo dicho, me pregunto si nuestros legisladores (los europeos incluidos) tienen una noción medianamente clara de lo que es un menor. Debo reconocer que yo la tengo muy fragmentaria y distante, pues siempre me he guardado de ellos y me he esforzado por evitarles y mantenerme a una distancia respetable de sus campos de operaciones. Tal vez por ello, de todas las parafilias sexuales la que me resulta más incomprensible es la pederastia, porque no me es posible concebir que a alguien le guste un niño hasta ese extremo (en el fondo, ni que le guste en general). Pues bien, pese a mis escasos conocimientos y experiencias en materia de niños y jovencitos, he podido observar que cuando uno de ellos dice que no, cuando dice que no se come la verdura o el pescado, o exige carne si se ha preparado una tortilla o una tortilla si se han frito unos bistés; o que no hace algo; cuando no quiere estudiar; cuando quiere conseguir tal o cual cosa,... no resulta empresa fácil convencerle para que haga lo que razonablemente se le pide y hacerle cambiar de opinión. No hay manera, el muchachito se empecina en su capricho y de ahí no le mueve nadie. Quienes son padres o abuelos saben de qué les hablo. ¿Entre nuestros legisladores no hay padres ni abuelos solícitos?

Ante esta verdad incontrovertible no es descabellado indagar si en materia sexual los menores serán igualmente tercos y nada fáciles de convencer o de reconducir para complacer las demandas libidinosas de un adulto. Francamente, no lo sé. Pero acaso atribuyamos a los menores en general inferior capacidad para oponerse o acceder a una solicitud, acaso les veamos y nos parezcan más débiles, más manejables, más maleables de lo que son en lo que hace a la sexualidad, cuando nos consta que en otros ámbitos son terriblemente testarudos. Y a partir de esa imagen nos empeñemos en otorgarles una

²⁴ Vid. J. BoixReig y E. Orts Berenguer, *Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual por la ley orgánica 11/1999*, en Libro Homenaje a José Manuel Valle Muñoz.

E. Orts Berenguer, *Algunas consideraciones sobre Moral y Derecho penal*, en ReCrim 09, págs.152 y ss.

tutela penal que pueden no necesitar y que sólo sirve para tranquilizar nuestras conciencias. Es obvio que estas reflexiones están referidas a chicos próximos a losdieciséis, de dieciséis, de diecisiete años, próximos a los dieciocho años, pero también a quienes rondan esas edades, naturalmente, en un marco desprovisto de violencias y amenazas o de abuso manifiesto de una posición de superioridad, sea cual sea el origen de ésta.

La previsión de más conductas punibles, en general, la dilatación de los tipos de acción ya vigentes, así como dotar a éstos de una mayor elasticidad y aparejarles unas penas de más larga duración y otras medidas, no pasan de ser gestos simbólicos que sólo pueden satisfacer a quienes, ingenuamente, creen en la eficacia de las proclamaciones normativizadas. Para que el aumento y la intensificación de la represión penal alcancen a incidir positivamente en la contención y disminución de determinada clase de delitos, es imprescindible -produce rubor siquiera apuntarlo- dedicar más funcionarios policiales a investigarlos, más jueces para enjuiciarlos, más fiscales..., más funcionarios de prisiones..., tal vez construir más centros penitenciarios... ¿Están los tiempos para tamañas inversiones, cuando día a día asistimos, justamente, al fenómeno inverso? Y al margen del elevado costo que supondría el incremento cualitativo y cuantitativo de la “eficiencia” penal ¿es una política criminal acertada, en el caso de la delincuencia que nos ocupa, muy en particular en relación con los pederastas? El legislador ha de pensar en la tutela de bienes jurídicos que la requieren, pero no debiera incurrir en el vulgar error de bulto, de concluir que cuanto más grave es la pena más protección dispensa. También convendría que el legislador recapacitara sobre las consecuencias “colaterales” que pueden seguirse de la conminación punitiva endurecida. Si hasta donde sabemos, podemos afirmar que los pederastas no son señaladamente violentos ¿el empeoramiento de la respuesta penal a sus pulsiones puede hacerles cambiar de actitud y preguntarse si las trae más a cuenta matar al menor del que han abusado? Un legislador responsable debe plantearse.

8. BIBLIOGRAFÍA

J. BoixReig, *Derecho Penal Parte Especial*, volumen I, Ed. Iustel, 2010.

M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 1999.

M. CorcoyBidasolo (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, 2011

M. CugatMauri, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (J. Córdoba Roda y M. García Arán dirs.). Marcial Pons, 2004.

M. del C. Gómez Rivero (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*. Tecnos, 2010

F. Morales Prats y R. García Albero, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (G. Quintero Olivares dir.), Aranzadi. Thomson Reuters, 2011.

F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, 2010.

E. Orts Berenguer y J.L. González Cussac, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, 2010.

J. Queralt Jiménez, *Derecho Penal español. Parte Especial*. Atelier, 2010.

L. Rodríguez Ramos, *Código Penal concordado y Comentado*, La ley, 2011.

J.M. TamaritSumalla, en *Comentarios cit*.

T.S. Vives Antón, E. Orts Berenguer, J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac y M. Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, 2010.