

SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA CONTEMPLACIÓN PENAL DE LA SEXUALIDAD*

Fco. Javier Álvarez García

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

1.- ¿Qué no se debe hacer en el ámbito sexual por chocar con nuestro Ordenamiento Jurídico fundamental (Constitución)? A mi modo de ver ésta es la única pregunta que nos puede conducir a prohibiciones en materia de sexo, y con ella pretendo dejar fuera de ordenación las conductas que meramente atenten contra la (determinada) moral sexual; y con ello, también, privo de legitimidad para imponer normas de conducta a todos esos centros de formulación de “morales” que actuando como grupos de presión han impuesto, e imponen, históricamente sus particulares visiones del mundo, en especial la Iglesia Católica (la gran pervertidora histórica en materia de moral sexual) y últimamente, para cientos de miles de ciudadanos españoles (o que viven en España), la religión musulmana.

Así pues, y esta sería una primera conclusión, sólo y exclusivamente el Constituyente —puesto que se trata de legitimar fuentes normativas limitadoras de derechos fundamentales: la libertad general de obrar— estaría ca-

pacitado para imponer límites generales a la expresión sexual. Cualquier otro planteamiento chocaría con el Principio Democrático¹.

2.- Si de lo que se trata es de preservar frente a todos el ámbito de la libertad, claramente deben tipificarse como prohibidas todas aquellas conductas que consisten en la imposición de comportamientos sexuales acudiendo a la fuerza física o a la intimidación. Se trata de un planteamiento que no incorpora peculiaridad alguna frente a otros preceptos protectores de la libertad, ya que la imposición de conductas —o el impedimento para realizarlas— acudiendo a la fuerza física o a la intimidación están prohibidas con carácter general. La única particularidad en el caso de que las dichas imposiciones se lleven a cabo en materia sexual, tendrá que ver con el consentimiento, con la pena y con las dificultades probatorias².

Tres dificultades se plantean en este punto. La primera en relación a qué deba entenderse por violencia o intimidación en las personas. A este respecto sólo decir³ que cualquier discu-

* Nota del Editor: Este artículo ha superado la evaluación por pares.

sión sobre intensidad necesaria a ese propósito huelga; basta con que la haya y sea causal respecto a la sujeción de la otra persona a conductas de contenido sexual, sin requerirse especiales cualidades en el comportamiento del sujeto pasivo más allá de su oposición.

El segundo problema se refiere a ¿por qué limitarse como medios comisivos a la violencia o intimidación⁴ en las personas y no incluir, por ejemplo, fuerza sobre las cosas en sentido amplio⁵? A mi modo de ver esto sólo obedece a un, equivocado, planteamiento moral que es el mismo que se encontraba en el fondo del argumento según el cual o la mujer realizaba una resistencia heroica al acto sexual, o en realidad lo que estaba haciendo era consentir (*vis grata puellis* u oposición formularia). ¿Por qué no incluir entre las formas comisivas la *vis in rebus*?⁶ Pues porque se considera que no se debe ceder a exigencias sexuales ante tan “trivial” amenaza, que la “entrega” sexual exige más alto precio y que este sólo puede ser el que implica lo personal⁷. Planteamiento que me parece absolutamente erróneo pues ¿Qué duda cabe que se puede ejercer una intimidación eficaz amenazando al sujeto con destruir un bien mueble? Si lo fundamental es el torcimiento de la voluntad ¿qué problema existe en afirmar éste ante la amenaza de destrucción de una cosa⁸? ¿Quién ha determinado ante qué se puede ceder sexualmente y ante qué no? Obviamente hay intimidaciones de mayor gravedad —por la entidad de los bienes implicados en la amenaza—, pero ello no impide la afirmación de que ante intimidaciones que no se sitúan en la cúspide de la gravedad, por más que sean relevantes, el torcimiento de la voluntad también es posible.

La tercera cuestión —que enlaza directamente, en el fondo, con la anterior— es ¿por qué llevar a los meros abusos sexuales y no a las agresiones los casos en los que el sujeto anula la voluntad de la víctima con drogas, y a continuación lleva a cabo los actos sexuales?⁹ ¿Cuál es la diferencia cualitativa entre anular la voluntad de la víctima acudiendo a la intimidación o a la fuerza física, o mediante el suministro de una droga que le hace perder

absolutamente la voluntad? ¿Cuál es, pues, el distingo entre acudir a lo físico o a lo químico para conseguir idéntico objetivo? A mi entender ninguno, pero el Legislador parece estar convencido —o en su pensamiento está de alguna manera latente— de la idea de que la violación o es con fuerza física o un cuchillo en el cuello o no es violación. Es decir, sigue teniendo presente la idea de que lo esencial no es contradecir la voluntad sino aplastarla, y ello sólo se consigue con medios violentos o intimidatorios. Lo realmente trascendente, pues, para el Legislador no es el que el sujeto haya conseguido anular (subrepticamente) la voluntad de la víctima y así lesionar el bien jurídico protegido, sino que esa anulación de la voluntad se haya logrado mediante medios físicos o intimidatorios (si se aplicara semejante planteamiento a los delitos contra la vida, el empleo de veneno para dar la muerte no debería considerarse típico respecto del asesinato, cuando resulta que si en esos casos se acude al tipo agravado es, entre otras razones, por la mayor debilidad del bien jurídico ante el ataque alevoso; justamente lo mismo que ocurre en el caso de las agresiones sexuales: ante la utilización de medios alevosos —obviamente si se obliga a la víctima por la fuerza física a ingerir una droga que anula su voluntad no hay problema para calificar el hecho como de fuerza en las personas— las posibilidades de defensa son menores, por ello no se entiende cómo el Legislador sanciona más levemente lo que, en realidad, es más grave).

3. El contenido, no la categoría misma, de los abusos sexuales como estructura diferenciada de la agresión sexual, también precisa de unas decisiones previas. La primera en relación a la cuestión de los menores. Es decir: ¿qué sexo se debe permitir a los mayores con los menores?, y ¿a partir de qué edad, de qué momento, si es que previamente se ha querido establecer alguna limitación, el sexo con menores no debe ser objeto de sanción?

3.1. Desde luego que esta pregunta exige alguna precisión precedente: nuestro ordenamiento constitucional consagra la libertad de todos (incluidos los menores) como valor supe-

rior del Ordenamiento (artículo 1.1), así como el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1) y exige una especial protección de la juventud e infancia frente a las libertades de pensamiento, creación, información, expresión y cátedra (artículo 20.4). Obviamente se refiere a la protección de la libertad y la personalidad de entes físicos reales; en ese sentido cuando la norma jurídica alude a entes imaginarios (a menores que no existen) tal protección no es exigible, y la limitación que se efectúe a la libertad de los que quieran implicarse con tales entes ficticios no sería conforme a la Constitución. En este sentido debe juzgarse una norma como la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil¹⁰, en la que se afirma en su artículo 1 b):

“A los efectos de la presente Decisión Marco se entenderá por:

b) pornografía infantil, cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual:

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

iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i) [“a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño”].

Y en el artículo 189.7 CP, se asevera:

“Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”.

Ambas normas chocan groseramente con nuestro Ordenamiento, pues ¿qué bien jurídico se protege al condenar, como patrocina la norma europea, a quien se “inventa” niños, a quien acude a la pornografía virtual? Ninguno en el sentido constitucional, pues no existe “niño” a quien proteger. En realidad lo que hace el Legislador europeo es sancionar una conducta que considera (él) inmoral, pero que ha transcurrido —tanto si el inventor de esos

niños virtuales ha mantenido en su intimidad su confección, como si la ha comunicado a terceros— al margen de lesión o puesta en peligro de la libertad o del libre desarrollo de la personalidad de menor alguno (en verdad lo que se está sancionando es la pornografía en efigie). Algo parecido, aunque de menor gravedad, sucede con el transcrito precepto del Código Penal español: en este supuesto tampoco son usados menores en la elaboración (venta, distribución, etc.) del material pornográfico, y únicamente su voz o imagen alteradas o modificadas son las utilizadas.

Es decir, el Legislador, tanto nacional como europeo, ha decidido que hay conductas que aunque no ponen en peligro bien jurídico alguno son, por razones morales, reprobables, y que ese reproche ha de llevarse al ámbito penal. Por lo tanto realiza una traslación de la moral al orden jurídico, prescinde del concepto mismo de bien jurídico, y, en consecuencia, restringe la libertad de los ciudadanos sin causa suficiente. En conclusión: estamos ante preceptos que contradicen nuestra Constitución e impiden el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos.

3.2. ¿Hasta qué punto es admisible que un mayor de edad realice actividades sexuales consentidas con menores? Desde luego que para ilustrar este punto de poco, o de nada, sirve alegar que en la antigüedad las mujeres estuvieron contrayendo matrimonio a los doce años¹¹, o que la Iglesia Católica se refiere a los catorce¹², tampoco que hay “matrimonios” gitanos en los que la mujer no ha llegado ni siquiera a los doce años, o que en otras muchas naciones o comunidades la mujer es entregada en matrimonio cuando todavía es muy niña (hasta el punto de que el hombre tiene que adquirir, en algunos casos, el compromiso de no consumir el matrimonio hasta que la mujer madure mínimamente). Acudo al ejemplo del matrimonio ya que éste significa (especialmente para las religiones implicadas en semejantes prácticas) procreación; y si las relaciones sexuales se admiten con niños¹³ en algunos casos, no hay razón ninguna —y el argumento de que cuando se admite es mediante matrimonio,

más que una razón es una mera justificación— para prohibir esas mismas relaciones sexuales con menores aunque no haya matrimonio (y siempre que fueran consentidas, claro está).

Señalaba que de nada sirve la argumentación más arriba desplegada porque es evidente la contingencia histórica de las manifestaciones sexuales, por lo que únicamente resulta pertinente reflejar aquí cuál sea el actual pensamiento, en nuestra sociedad, sobre la protección a los menores. A este respecto deben tenerse en cuenta las siguientes referencias: la mayoría de edad civil se adquiere a los 18 años¹⁴, la emancipación es posible a partir de los 16 años¹⁵, la edad penal comienza a los 14 años¹⁶, la escolarización es obligatoria hasta los 16 años¹⁷, la edad mínima para trabajar es la de 16 años¹⁸, se prohíbe a los menores de 16 años su participación en espectáculos públicos¹⁹, la edad mínima para votar es la de 18 años, es posible contraer matrimonio a partir de los 14 años, se puede otorgar testamento —excepto el ológrafo— a partir de los 14 años, es factible adquirir la condición de funcionario público a partir de los 16 años²⁰, optar a la vecindad o a la nacionalidad a partir de los 14 años²¹, desde los 12 años deben ser oídos los menores en relación a medidas judiciales que les afecten en caso de separación de los padres²², así como en supuestos de acogimiento²³, adopción²⁴, tutela²⁵, a los 16 años la mujer puede decidir sobre la interrupción de su embarazo²⁶, etc. etc.

El sentido de las leyes está claro pero sólo en algunas direcciones como las siguientes:

a) Impedir el matrimonio antes de que los contrayentes alcancen una cierta edad. La cuestión, sin embargo, es la de ¿por qué impedir el matrimonio antes de esa edad? Desde luego que la respuesta es clara desde el Derecho de la Iglesia Católica y se evidencia en el texto de los siguientes cánones:

“1055 § 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”.

“1061 § 1 El matrimonio válido entre bautizados se llama sólo rato, si no ha sido consumado; rato y consu-

mado, si los cónyuges han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole, al que el matrimonio se ordena por su misma naturaleza y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne”.

Pues bien, siendo la finalidad del matrimonio la procreación, la generación²⁷, resulta evidente que autorizar el “sacramento” antes de que los contrayentes (especialmente la mujer) fueran capaces de engendrar, sería lo mismo que conceder una finalidad al matrimonio (la puramente gozosa con el placer sexual) por entero alejada de los fines sacramentales²⁸.

Si contemplamos la cuestión desde la sociedad civil parece claro que la edad de contraer matrimonio está en relación con la procreación (incluso esos matrimonios celebrados entre niños que no llegaban a tener relación hasta que la mujer llegaba a la edad núbil, ad- vera esta idea). De ahí que se haya “jugado” históricamente con la edad de 12 años para la mujer. El inconveniente (y por eso el paulatino retraso en la edad mínima para contraer matrimonio) es que contraer el vínculo a edades tan tempranas, lleva consigo una gran cantidad de problemas para, especialmente, la mujer, la prole y la sociedad²⁹. Pero en todo caso lo que me importa subrayar en este momento del discurso es que las prohibiciones para contraer matrimonio con anterioridad han estado, y están, unidas a la posibilidad de la concepción (y en este sentido el aumento producido de los 12 a los 14 como edad mínima, no posee gran trascendencia). Para nada ha jugado en el establecimiento del límite de la edad para contraer matrimonio, prohibición alguna de realización de actividad sexual.

Pero junto a posibilitar la generación los límites de edad han servido para imponer un cierto orden en la actividad económica y en la adscripción patrimonial. En ese sentido la falta de autorización para proceder a otorgar testamento antes de los 14 años a lo que contribuye es a evitar la dispersión del patrimonio fuera del núcleo familiar. Esa fuerte aspiración (la del incremento y conservación del patrimonio) es la que ha llevado también al Estado a limitar la edad de la incorporación al trabajo,

frenando, por una parte, la ambición de los padres y evitando, al mismo tiempo, que una gran cantidad de personas permanezcan con bajos niveles de formación. Pero esto tampoco tiene nada que ver con la posibilidad de realizar actividades sexuales con menores.

b) En realidad la única norma que establece una prohibición de realizar actividades sexuales con menores es la penal. Pero ¿por qué lo hace y hasta qué punto? Desde luego no porque se niegue capacidad sexual a los menores, pues cada vez se pone más de manifiesto la necesidad de introducir a los niños en la cultura sexual, en lo imperioso de enseñarles los “secretos” de la reproducción, en la normalidad del sexo, etc. Entonces ¿por qué la imposición de un cordón sanitario alrededor de los menores?

Antes de responder a la pregunta veamos cuál es la situación de la legislación penal en este momento y cuál ha sido en el pasado reciente: en el Código Penal de 1973 (que mantenía así una tradición de muchos años cuyo origen se encuentra, en la etapa codificada, en los artículos 354 del CP de 1848 y 671 del CP de 1822) el yacimiento con una menor de 12 años siempre tenía la consideración de violación a despecho del consentimiento —en el caso de que el sujeto pasivo fuera varón y como consecuencia de que la violación sólo podía cometerse, según la tipicidad del artículo 429, con una mujer, la sanción sería la correspondiente al viejo delito de abusos deshonestos. En el Código Penal hoy vigente —escribo estas líneas en agosto de 2010— el yacimiento consentido con un menor de trece años se tipifica como “abusos sexuales” con una pena inferior a la correspondiente al delito de agresiones sexuales (donde se comprende la violación). Finalmente señalar que tras la reforma operada por la LO 5/2010, ha desaparecido del Código Penal la cláusula que presumía, *iuris et de iure*, abusos para todos los contactos sexuales que se mantuvieran con menores de 13 años, de manera que el régimen penal respecto a esta última situación no está, ni mucho menos, ní-

En efecto, según el artículo 183.1 CP (que es el que disciplinará la materia tras la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010):

“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...”

La clave para la interpretación de este artículo está en desvelar qué significa “atentar” en el contexto del artículo 183.1 CP. Pues bien una de las posibles opciones interpretativas es entender que cualquier comportamiento de contenido sexual, el que sea, que se realice sobre la persona de un menor de trece años, se considera que ataca su indemnidad sexual³⁰ —con independencia de que haya prestado o no consentimiento— y que realiza el tipo. Naturalmente para esta interpretación por “atentar” se entiende “cualquier conducta, la que sea”; es decir, sería indiferente que se emplee el engaño, el prevalimiento, la fuerza sobre las cosas, la sorpresa, la incapacidad para resistir: “lo que sea”. Es decir, estaremos ante un tipo absolutamente indeterminado a la vista de la descripción de los elementos típicos. Así pues para esta opción hermenéutica “atentar” significaría esa gran inconcreción que se traduce en “todo”, absolutamente “todo”, cualquier modalidad de acción u omisión (con excepción de la que se lleve a cabo con violencia o intimidación, por ser estas modalidades objeto del tipo del artículo 183.2 CP), sin límite alguno.

Sin embargo esa manera de entender el “atenten” legal no constituye una forma de tipificación compatible con los principios penales más elementales (de hecho cuando en los artículos 550 y ss. CP se habla de “atentados” a la autoridad, etc., se da contenido a esa expresión aclarando —artículo 550— que “Son reos de atentado los que acometan a la autoridad..., o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave...”); y no lo es por conculcar groseramente los Principios de legalidad, de determinación de las normas penales y de proporcionalidad.

Entonces ¿qué significa “atentar”? Si acudimos al DRAE —que es lo que debe hacerse y es inevitable llevarlo a cabo, es decir indagar sobre el significado de las palabras que sirven para construir los tipos—, nos encontramos con que “atentar” (del latín “*attentare*”) tiene una primera acepción de “emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito” (que no es aceptable a los efectos que aquí persigo, pues se incurriría en petición de principios), un segundo de “intentar, especialmente tratándose de un delito” (también inútil en este contexto, pues no sirve para definir el verbo típico), y un tercero (intransitivo) de “cometer atentado”; y este último comprendería los siguientes significados (y despreciando algunos que no interesan ahora y que se declaran en desuso): “agresión o desacato grave a la autoridad u ofensa a un principio u orden que se considera recto; agresión contra la vida o la integridad física o moral de alguien; delito que consiste en la violencia o resistencia grave contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de funciones públicas, sin llegar a la rebelión ni sedición; procedimiento abusivo de cualquier autoridad”. De estos significados el único utilizable sería el de “agresión contra...la integridad...moral de alguien”, pero aún en ese caso ¿qué se entiende por “agresión”? ¿“indemnidad” es equivalente a “integridad moral”? Pareciera que no, que los ámbitos son distintos. Acudiendo de nuevo al DRAE decir que por agresión, en el ámbito sexual, se entiende: “La que por atentar contra la libertad sexual de las personas y realizarse con violencia o intimidación es constitutiva de delito”, definición que, obviamente, no sirve³¹. En conclusión: o se prescinde del significado que tienen las palabras en el idioma, así como de los principios de legalidad, etc., o hay que concluir que mantener la totalizadora interpretación más arriba reflejada no es posible. Ciertamente algún “intérprete” pudiera decir (tras un discurso sobre la continua innovación del lenguaje y el cambio de significados a medida que contextualizadamente se utilizan los conceptos) que “atentar” significa “atacar”, “agredir” (significación que incluso pudiera, de alguna manera, engarzarse con alguno de los significantes señalados por la DRAE); el

problema, entonces, radicaría en precisar —y ahí el Derecho Penal ha de ser inflexible...o renunciar a los principios liberales— cuándo se ataca, cuándo se agrede, cómo debe comportarse un sujeto para entenderse que está “atacando” o “agrediendo” (quizás pudiera concluirse que se “ataca” cuando inopinadamente —abuso sexual “por sorpresa”— alguien realiza un tocamiento sobre el cuerpo de otra persona y en zonas consideradas “sexuales”, pero ¿y si el tocamiento se realiza con consentimiento? ¿Puede entonces considerarse que hay “ataque”? Entiendo que esto último sólo es posible cuando normativamente se cambia el significado al concepto de “ataque”...y eso es, precisamente, lo que hace el Legislador cuando acude a presunciones *iuris et de iure* —lo *iuris tantum* permiten, en cambio, el pacto sobre los contenidos; por eso, sin presunción el contenido del concepto vuelve a lo convencional).

¿Por qué hermenéutica optar entonces? De entrada no debe olvidarse que el Legislador ha querido eliminar una cláusula que incluía —sin duda y en lenguaje claro y directo— la prohibición absoluta de mantener contacto sexual con menores de trece años, declarando *ex lege* no consentido cualquier contacto sexual aunque hubiera mediado consentimiento del menor, al que con esa cláusula se le declaraba incapaz de consentir en materia sexual; se trata del aún vigente artículo 181.2 CP:

“2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años...”

y a esa supresión, a esa modificación, hay que darle algún alcance (no tendría sentido que el Legislador hubiera prescindido de una regulación absolutamente indubitada respecto a la prohibición de mantener contactos aun consentidos con menores, y que a ningún operador le había planteado problemas de comprensión, y la hubiera sustituido por otra en la que desaparece la presunción...si quisiera decir lo mismo).

Para avanzar hermenéuticamente, lo indicado es ir “trazando un mapa” de conductas prohibidas en materia sexual, para, acudiendo a una interpretación sistemática, ayudarnos a

fijar —respetando el ámbito de lo posible gramaticalmente— el contenido de ese artículo 183.1 CP. En este sentido habría que decir:

1º) Se prohíbe la actividad sexual llevada a cabo con violencia o intimidación —artículos 178 y 179 CP—. Tómese cuenta que en estos preceptos se acude también al verbo “atentar”, pero en esta ocasión semejante uso del lenguaje se compadece perfectamente con uno de los significados más arriba referenciados (agresión en materia sexual violenta o intimidatoria, o el alternativo más neutro de “atacar”), y además se limita la conducta típica a la llevada a cabo con violencia o intimidación, es decir: se determina, qué contenido quiere otorgarse al “atentado”, a la “agresión”, al “ataque”.

2º) En los abusos sexuales del artículo 181.1 CP el verbo típico vuelve a ser “atentar contra la *indemnidad sexual*” pero en esta ocasión se fija el significado del verbo desposeyéndolo expresamente de uno de sus significados lingüísticamente atribuidos: sin violencia ni intimidación. Además se precisa —*a contrario sensu*— que no se considera que haya “atentado contra la *indemnidad sexual*” si los actos de contenido sexual se han llevado a cabo con consentimiento del sujeto pasivo.

Por último ha de tenerse en cuenta que la conducta típica se refiere a realizar actos “que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona”; ciertamente —y a la vista del contenido del artículo 183 CP— no es fácil determinar a la indemnidad sexual de quién se refiere este precepto (dado que en caso de concurso de leyes, y aplicando especialidad —artículo 8.1ª—, el artículo 183 tendrá preferencia sobre el artículo 181, ambos del CP), aunque pareciera lógico suponer que es a los mayores de trece años y menores de diez y seis (límite del estupro engaño), de todo lo cual se desprende una conclusión: indemnidad no es igual a prohibición absoluta de “tocar”, sino a hacerlo con determinados medios o a través de ciertos pronunciamientos.

En todo caso nótese que para la delimitación de la conducta típica el Legislador —y a pesar de la referencia a la indemnidad— se apresura a anotar que si los actos sexuales son

consentidos la conducta resultará atípica (es decir, que se entiende que no atenta a la indemnidad sexual de nadie). Por lo tanto, el consentimiento resulta relevante; por ello, precisamente, en la legislación penal vigente (anterior todavía a la entrada en vigor de la LO 5/2010), y como el Legislador quería castigar los actos sexuales aun consentidos que se realizaran con menores, se tuvo que introducir la más arriba aludida presunción *iuris et de iure* de irrelevancia del consentimiento.

3º) En el artículo 181.2 CP se ha incorporado, con la reforma realizada con la LO 5/2010, el siguiente texto (sustituyendo a la vieja presunción de irrelevancia del consentimiento de los menores de trece años):

“A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos 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”.

Con este texto se establece: a) El rechazo de la existencia de cualquier clase de consentimiento presunto en los privados de sentido —el tácito no cabe en esa situación, no pueden estar presentes sus requisitos; b) La equiparación, *iuris et de iure*, de los supuestos de abuso de trastorno mental³² a la ausencia de consentimiento; c) La asimilación de la anulación de la voluntad de la víctima directamente querida por el sujeto activo, a la inexistencia de consentimiento.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que la consideración de ilícito penal en el comportamiento sexual va anudada al dato de entender nulo o inexistente el consentimiento de la víctima.

4º) En fin, en el artículo 182.1 CP, tras la reforma de 2010, se castiga a:

“El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis,...”

Se trata de la figura heredera del viejo estupro engaño sirviendo los límites de edad uno (trece años) para diferenciar esta figura de al-

guna de las contenidas en el artículo 183 CP (agresiones o abusos, según los casos), y el otro como frontera de la atipicidad.

A la vista de todo lo expuesto ¿cómo debe interpretarse el “atenten” del artículo 183.1 CP? Opto por una interpretación que integre la expresión “atentare” en atención a los otros injustos definidos en los capítulos anteriores del mismo Título, lo que está plenamente justificado no sólo para evitar las consecuencias negativas que se desprenden de la ruptura de principios penales básicos a las que acabo de aludir, sino que entra en la lógica de la redacción del propio artículo 183 CP donde se acogen las categorías definidas en los artículos anteriores (abuso sexual e indemnidad). El problema de esta interpretación es que conduce a resultados político-criminales considerados mayoritariamente inaceptables, pero ello no autoriza a prescindir de la legalidad. Así, únicamente serán típicos —como abusos sexuales³³— los atentados contra la libertad o indemnidad sexual a los que se refiere el artículo 181.1 CP³⁴, los abusos de prevalimiento y el estupro engaño³⁵. Como consecuencia puede decirse que a partir de que entre en vigor la reforma de la LO 5/2010, las relaciones sexuales consentidas con menores no serán típicas sino se han utilizado los medios del artículo 181.1 CP (sorpresa o incapacidad para resistir), el sujeto activo se haya prevalido “de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima” (artículo 181.3 CP), o emplee engaño. Con lo cual o los Tribunales de Justicia pasan a presumir que siempre que haya contacto sexual con un menor de trece años se da una de aquellas situaciones y de esa forma “corrigen” al Legislador, o habrá de convenirse que se ha producido una modificación en la legislación sexual auténticamente revolucionaria a la vista de nuestra legislación histórica, y sin parangón en el Derecho Comparado³⁶.

Pues bien, esta reforma va mucho más allá de solucionar el problema de cómo tratar los casos en los que una persona que acaba de cumplir los catorce años (límite de la imputabilidad penal) mantiene relaciones sexuales con otra de doce años y trescientos sesenta y

cuatro días, con la que viene relacionándose de forma íntima desde hace dos años³⁷. No, la reforma lo que viene es a liberalizar completamente (con las únicas limitaciones a las que me he referido más atrás: prevalimiento, engaño, sorpresa e incapacidad para resistirse) las relaciones sexuales con todo tipo de personas e independientemente de la edad de las mismas. A partir del momento en que entre en vigor la norma el yacimiento de una persona de cincuenta años con otra de doce, siempre que medie consentimiento, no será constitutiva de delito (y todas las conductas que se hayan llevado a cabo en ese sentido hasta el momento aunque hayan sido realizadas bajo la ley penal actualmente vigente serán atípicas —si la condena no se ha ejecutado—, lo que no es más que un efecto normal del principio de retroactividad. Eso sí, lo que carece completamente de sentido es que cohabitar con una niña de diez años pueda resultar atípico, y, sin embargo, fotografiar a esa misma niña en posturas lascivas esté sancionado (de la misma forma que animar a esa niña a que antes de realizar el coito se exhiba en un espectáculo privado destinado a excitar sexualmente a la pareja)³⁸.

Pero volvamos a la pregunta que plantea al inicio de este apartado ¿Por qué prohibir —en aquellas legislaciones que lo hacen que, como hemos visto, no va a ser el caso de la española— cualquier relación sexual con menores de determinada edad³⁹? Desde luego que una explicación pudiera ser la de la incapacidad de consentir, la cual se deduciría bien de la falta de conocimiento del significado del acto sexual desprendido de cualquier connotación de procreación, bien de la ausencia de controles en el sujeto pasivo, debido a su temprana edad, que le permita adecuar su conducta a lo comprendido. No creo, sin embargo, que ninguna de esas ilustraciones sea suficiente: pues una buena parte de los menores (los que más se acercan a la frontera de los trece años, grupo que, como consecuencia de la educación sexual que actualmente se imparte en las Escuelas —excepto en las pertenecientes a distintas sectas religiosas—, tienen conocimientos sobre sexualidad que, seguramente, superan los

que tenían los adolescentes hace treinta años, a los que, sin embargo, se les permitía casarse a edades más tempranas que las actuales) tiene conciencia suficiente del significado del acto sexual y de sus implicaciones, y tampoco es necesariamente cierto que no sean capaces de “comportarse de acuerdo a lo que han comprendido” sobre la sexualidad.

Otra explicación pudiera ser la de que a edades tan tempranas el sexo no tiene que formar parte del universo inmediato del menor, pero esto tampoco es aceptable (amén de que contradiría una de las aportaciones más señeras de FREUD: “El acto que consiste en chupar el seno materno se convierte en el punto de partida de toda la vida sexual”). En efecto no haría falta citar a ningún especialista en psicología, por tratarse de algo suficientemente conocido, para negar la oportunidad de mantener a los menores alejados del sexo —reprimidos— hasta que entren en la adolescencia (se ponga ésta donde se desee); más aún: si los actores del sexo son ambos menores de la edad de frontera (niños de diez, once, doce años realizándose tocamientos) nada hay que reprochar, ninguna sanción debe caer sobre ellos (ni penal ni de ninguna otra índole). El placer sexual forma parte de la vida de los niños⁴⁰, la única discusión aceptable es la de quiénes deben ser los actores de ese placer (además del niño).

La cuestión es que la visión de la sexualidad por parte del niño no se corresponde exactamente con la propia que sobre el mismo objeto posee el adulto e incluso el adolescente (en el mundo sexual infantil todo se vuelve erotizable, lo que no sucede en la sexualidad adulta). Sus universos sexuales son distintos —por más que haya presencia de la sexualidad infantil en la vida del adulto—, y la cuestión sería la de evitar que ese universo sexual del niño encuentre la respuesta propia del adolescente o del adulto⁴¹ al entrar en contacto con éste. Es decir, no se cuestiona el derecho a la sexualidad de los menores, no se plantea ninguna duda acerca de la posibilidad de que los niños tengan placer sexual, no se impugna la posibilidad de que el contacto sexual de un mayor de edad con un menor pueda hacer tener a éste

sensaciones sumamente placenteras desde el punto de vista de la sexualidad, etc., etc. sencillamente lo que sucede es lo siguiente: una de las notas que distinguen el actual pensamiento sobre los niños y el Derecho que a estos les afecta, es la de “alargar” la “etapa de niños”, la de no obligarles a ser “hombres” o “mujeres” a muy temprana edad; de ahí la prohibición del trabajo de menores, del ejercicio de la prostitución infantil, de la prolongación de su tiempo de estudios y preparación. Es decir, no se quiere seguir “quemando” la “etapa de niño” con demasiada celeridad, no se desea su incorporación demasiado temprana al mundo de los adultos, se quiere prolongar su etapa de “niño” y su maduración lenta como persona, se desea, en definitiva y por lo que ahora importa, evitar intromisiones que alteren la paulatina formación de la personalidad sexual del menor⁴².

¿Quiere eso decir que toda relación sexual consentida de un adulto⁴³ con un niño tiene potencialidad para alterar la aludida “formación de la personalidad sexual del menor”? Creo que eso ocurrirá únicamente en los supuestos en los que esa relación se lleve a cabo en un plano de desigualdad, como sucede de modo general en los casos de muy corta edad del menor, o en los de prevalimiento (que serán los mayoritarios), engaño y aquéllos a los que se refiere el artículo 181.1 CP. Pero nada más.

Merece la pena, sin embargo, detenerse algo más sobre la cuestión de la desigualdad en las relaciones sexuales con niños. Voy a prescindir en el discurso que sigue a continuación de los gravísimos abusos llevados a cabo en todo el mundo por los sacerdotes católicos, especialmente, pero no sólo, en sus internados e instituciones educativas; los casos de Irlanda, Estados Unidos y Alemania están en la primera página de muchos periódicos desde hace ya algunos años, y en esos territorios la Iglesia Católica está teniendo que hacer frente a altísimas indemnizaciones, y muchas de sus numerosísimas víctimas padecen graves trastornos del comportamiento. En España los casos son también abundantes pero buena parte de ellos no han salido a la luz y la Iglesia Ca-

tólica reacciona airadamente, y naturalmente sin compasión, cuando se pone alguno de ellos sobre el tapete. Mayor atención merece, sin embargo, lo ocurrido en determinados círculos de la izquierda europea durante los últimos años sesenta así como en los setenta y ochenta del pasado siglo, especialmente en Alemania y Francia. Por lo que se refiere al primer país estos días está apareciendo en la prensa alemana —impulsada por *Tageszeitung*— el debate sobre la responsabilidad de alguna izquierda en, también, graves abusos a menores sucedidos en instituciones laicas y supuestamente progresistas⁴⁴, y protagonizados algunos de ellos por referentes de aquella izquierda incluso sobre alguno de sus propios hijos⁴⁵.

El origen teórico que sirvió de puerta de entrada y de legitimación de esos abusos, parte de un conocido análisis de clase sobre la represión sexual y sus consecuencias a efectos de dominación/deshumanización; debate en el que se mezclaron argumentos e intereses pedófilos⁴⁶. La profundización en la sexualidad de los niños y el intercambio en ese campo con los adultos, plantea los problemas más agudos por la repercusión que pudiera tener sobre la psicología del menor. A ese propósito a finales de 1978⁴⁷ tuvo lugar un esclarecedor debate en Francia en el que participaron, entre otros, FOUCAULT, J. DANET y G. HOCQUENGHEM⁴⁸; el primero ante la afirmación de que el mantenimiento de relaciones sexuales de un niño con un adulto podía ser traumatizante para aquél, incluso aunque no manifestara hacia el exterior el trauma y quedara en el subconsciente, respondió irónicamente en una contestación que se hizo célebre: “Pudiera ser que la sexualidad del niño, deseosa hacia la del adulto, consintiera en la relación, incluso que fuera el niño quien realizara el primer movimiento y sedujera al adulto. Sin embargo nosotros los especialistas, gracias a nuestro conocimiento psicológico, sabemos perfectamente que aun en esas situaciones un niño seductor corre el riesgo de ser dañado y traumatizado [...] Por lo tanto hay que proteger al niño hasta de sus propios deseos, incluso cuando estos le inclinan hacia el adulto”.

El debate se terminó centrando en buena medida en el consentimiento, que es donde está, también, ubicado en nuestro país. Yo entiendo, sin embargo, que no es cuestión de consentimiento, o que éste, su existencia o ausencia, no nos llevará hacia el núcleo del problema. Más aún —y prescindiendo ahora de la vigencia o no de presunciones de falta de validez o existencia del consentimiento—, no hay problemas en reconocer tanto la validez del consentimiento del menor, en algunos supuestos, para mantener relaciones sexuales con adultos, como que, en algún caso, haya sido el menor el provocador de esa “situación sexual”⁴⁹; sin embargo, insisto, el problema no está ahí, sino en la situación de desigualdad en la relación que terminará provocando una vinculación de abuso entre el adulto y el menor. Pues, por supuesto que el niño tiene manifestaciones y deseos sexuales, naturalmente que dirige sus acciones a la búsqueda del placer, y evidentemente que en esa “edad frontera” entre la niñez y la pubertad esos deseos sexuales pueden explotar y manifestarse en alguna ocasión en requerimientos hacia el adulto⁵⁰; indudablemente también que la represión de la sexualidad, la sujeción de ésta al poder médico/psiquiátrico (argumento favorito de FOUCAULT) contribuye decisivamente a la preparación del hombre para la explotación de clase. Sin embargo de lo que se trata es de evitar que esa situación de explotación se adelante al momento en el cual se realiza la supuesta “práctica liberadora” (adiestramiento en sexualidad), pues confrontar sexualmente al adulto con el niño [al menos hasta casi, pero sólo hasta casi, la “edad de frontera”] situará a este último en una posición de desventaja en la relación. El problema fundamental es de igualdad y no de consentimiento⁵¹.

Pues bien, ante posiciones de desigualdad real entre sujetos el Ordenamiento Jurídico está plenamente autorizado (artículo 14 CE) a accionar aquellos mecanismos que considere precisos, y por esa vía acudir a medios que en otras circunstancias serían ilegítimos (incluso desde el punto de vista penal). Así pues, ajustado a Derecho estaría la inclusión de la pre-

sunción *iuris et de iure* (que no debe olvidarse: implica prescindir de lo que quiera o no quiera un ciudadano, e impedirle realizar ciertos comportamientos cuyos resultados pudieran serle gratos; es decir: una interferencia máxima en la libertad), o la declaración como delictivas de ciertas conductas llevadas a cabo en situaciones de desigualdad.

A la vista de todo lo dicho ¿cómo deben aplicarse los preceptos relacionados con los menores de trece años en materia de sexo tras la reforma operada por la LO 5/2010? Pues habrán de tenerse en cuenta, en mi opinión, las siguientes consideraciones:

1ª) Ha desaparecido la presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento; por lo tanto no existe, *per se*, una edad por debajo de la cual haya una prohibición de mantenimiento de relaciones sexuales.

2ª) Como consecuencia de lo anterior los tribunales deberán hacer una evaluación caso por caso a la vista de los medios comisivos empleados y de las circunstancias que rodeen, y relacionen, a los sujetos. El punto central de la dicha evaluación tiene que girar, en la mayoría de los supuestos y necesariamente, alrededor del establecimiento o no de una situación real de desigualdad entre los sujetos, que es lo que puede llegar a originar la afectación del bien jurídico.

3ª) “Indemnidad” no significa “intangibilidad” sino sencillamente “no dañar”, con lo que se abre en cada caso a discusión si se ha “dañado” o no; parecidos problemas plantea la intelección de la expresión “atentare”, que necesitará ser precisada en el correspondiente ámbito normativo.

4ª) La evaluación deberá realizarse a la vista del bien jurídico protegido, lo que permitirá una solución más justa y equilibrada de numerosas situaciones⁵², aunque originará incertidumbre en otras⁵³ y desigualdad en la aplicación de la ley en muchas⁵⁴.

3.3. ¿Qué sexo les está permitido a los mayores de trece años y menores de diez y ocho? Por lo que importa a la implicación personal, directa y consentida en actos sexuales no debe

existir ninguna limitación, más allá de las que incidan sobre vicios del consentimiento (prevalecimiento, engaño, sorpresa o incapacidad para resistir). Ello es consecuencia directa de la valoración positiva, como no puede ser de otra manera excepto para el radicalismo religioso, que merece la actividad sexual⁵⁵. Ninguna restricción, ningún límite está justificado para la actividad sexual de los adolescentes, más allá de los que inciden sobre su voluntad.

Sin embargo persisten algunas incongruencias. En efecto, como ya ha sido señalado más atrás, el Ordenamiento Jurídico considera lícito el mantenimiento de relaciones sexuales plenas entre una mujer de diez y siete años y un hombre de veinte y uno, y sin embargo considera constitutivo de delito el exhibirse previa y obscenamente ante ese mismo menor antes de realizar el acto sexual. Es decir, no hay injusto en el acto de la penetración pero sí lo hay si previamente el hombre le muestra orgulloso su pene a la mujer. Semejante planteamiento no tiene sentido y resulta contrario al derecho a la sexualidad que va más allá de los tocamientos o la penetración⁵⁶.

Una segunda limitación a considerar es la referida al estupro engaño y que afecta a los menores de entre trece y dieciséis años (artículo 182-183 de la redacción vigente CP). Se trata de una figura que ha ido perdiendo “fuelle” en los últimos treinta años, a medida que ha variado la consideración acerca de la sexualidad fuera del matrimonio, de manera que actualmente su presencia en la Jurisprudencia penal es muy escasa⁵⁷. Debe en todo caso ponerse de manifiesto que no en escasas ocasiones la Jurisprudencia confunde el engaño para llevar a la víctima a un lugar o para situarla en una determinada circunstancia, con la oposición de ésta a la realización del acto sexual⁵⁸. En efecto, entiendo que el engaño, de la misma forma que en la estafa, debe ser causal de la disposición sexual misma, no siéndolo así la conducta fraudulenta carecería de relevancia penal.

La cuestión de Política Criminal en relación al estupro engaño —y una vez establecida la precedente limitación a efectos de la tipicidad— es la de decidir qué engaños han de

considerarse típicos como eslabón del fraude sexual. A mi modo de ver cualquier engaño que pueda llegar a tener la consideración de “suficiente”⁵⁹ para llevar a la víctima a un error sobre la decisión acerca de su disponibilidad sexual, será típico. En ese sentido resultará irrelevante que se trate de ofrecer a unas muchachas casarse, un papel en una película, la oportunidad de ser cantantes, participar en un desfile de modelos o, directamente, dinero (y al margen de posibles concursos de leyes), sin entrar en esta materia en problemas morales: basta que la voluntad de la persona se haya construido defectuosamente como consecuencia del ardid empleado por el sujeto activo. Todos esos supuestos serían de engaño, con lo que se manifiesta, en definitiva, una y otra vez que el referente esencial es la debida construcción de la decisión de la voluntad (por ello y como planteaba más atrás ¿por qué no integrar los supuestos de fuerza sobre las cosas en el delito de agresiones sexuales?).

Una tercera limitación a los menores de diez y ocho años en materia sexual se refiere al ejercicio de la prostitución. En efecto, la punición —no del ejercicio de la prostitución que constituye una actividad sin significación penal— de las conductas consistentes en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución —incluido el cliente— de un menor de edad, implica, lógicamente, una limitación para los menores en el ámbito sexual. La cuestión es, ahora, evaluar si esa restricción resulta aceptable.

Pues bien hay una parte del problema que enlaza directamente con la admisión o no de la prostitución como fenómeno. Otra parte del conflicto, sin embargo, afecta directamente al menor en cuanto tal, y a este respecto hay que decir:

1º) Hay tipos delictivos que se manifiestan como meramente instrumentales en relación a otros fines (por ejemplo, la represión del falso testimonio se vincula directamente a la posibilidad de realización de la Justicia, o la tenencia de armas en relación a la seguridad de personas y bienes); en este sentido, la dura represión de la prostitución de menores dificulta extraordi-

nariamente la trata de personas (de menores de edad), puesto que deja de ser rentable para el traficante al no contar con clientes para uno de los destinos principales de la trata: la explotación sexual. De ahí, precisamente, que tanto la trata de niños como la prostitución de menores se haya desplazado a países con escaso control al respecto; naturalmente ello no impide que también la haya en los países de nuestro ámbito cultural, pero ello se produce en un número menos significativo —algunos trabajos proporcionan la cifra de cinco mil menores practicando la prostitución en España.

Ciertamente hay que decir que este argumento, por sí sólo, no sería capaz de justificar la sanción de la prostitución de menores, pues como planteamiento general daría lugar a la tesis de cambiar libertad por seguridad; sin embargo, sí debe contarse con él para evaluar la efectividad de otras prohibiciones.

2º) En segundo término hay que tener presente que aunque el ejercicio de la prostitución en sí no merezca una evaluación negativa y constituya únicamente el ejercicio de ámbitos de libertad del sujeto (al igual que el consumo de drogas), es lo cierto que a tempranas edades y mientras el sujeto no haya alcanzado una total madurez (y de la misma forma que se hace con el alcohol o el tabaco) puede resultar estragador de la personalidad del menor y le impida recorrer otros ámbitos vitales.

3º) No debe olvidarse, por otra parte, que la prostitución de menores se lleva a cabo (entre otras razones por la represión a la que está sometida y la rentabilidad económica de la misma) bajo el control de organizaciones criminales, lo que determina generalmente la privación de libertad de la menor, ser sometida a violación, su introducción en el mundo de la droga, la imposición de castigo físico bien como medio de obtener placer sexual o como forma de mantener a la menor en la disciplina del grupo criminal, etc. Es decir, la prostitución infantil pone en serio riesgo al menor de ser víctima de otros muchos delitos, por lo tanto se manifiesta, por una parte y como se ha indicado en el punto anterior, como productora de peligro para el desarrollo de su per-

sonalidad y como posible origen de variados injustos.

En conclusión, si lo acabado de decir es acertado —y los estudios al respecto así lo aseveran— debería apostarse no sólo por la criminalización de la conducta sino por la imposición de una pena que se corresponda con la enorme gravedad del comportamiento. En ese sentido una opción obligada es la de imponer una pena en la que se represente la subida gravedad de la conducta, y ella sólo puede ser una que en su grado mínimo implique en todo caso la entrada en prisión (no tiene sentido que tipos patrimoniales que suponen un menor peligro para la vida o la salud de las personas que la prostitución infantil —como el robo con violencia—, se sancionen con una pena mayor que esta última en su grado mínimo, o que ocurra lo mismo con los abusos sexuales a menores de trece años —edad que en muchas ocasiones no alcanzan las víctimas de la prostitución infantil) y en el máximo tenga la suficiente dureza —ya en el tipo básico— como para que cause importantes efectos de prevención general negativa.

4. Una consecuencia inmediata del matrimonio monogámico⁶⁰ (o mejor, de las concepciones sexuales actualmente imperantes que conllevan la represión de las tendencias sexuales: una sola pareja y para toda la vida⁶¹) puede ser la prostitución, pues ésta constituye la vía de escape frente a deseos sexuales insatisfechos.

El actual reflejo jurídico penal de la prostitución⁶², y más allá de problemas de tipificación mal resueltos, tiene que ver, desde la perspectiva penal, con la protección de los menores (artículos 187 y 188. 2 y 3 CP) y con la defensa de los mayores frente a la imposición de prostituirse (artículo 188 CP).

A lo dicho hay que unir el “destilado moral” que incorporó el Legislador mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre, como último inciso del artículo 188.1 CP, según el cual:

“En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”.

Mediante esta fórmula el Legislador⁶³ ha venido a dictar un juicio moral sobre la prostitución que no le correspondía, y a enlazar con el viejo delito de rufianismo; y es que la cuestión es ¿Por qué castigar al que con consentimiento de la persona prostituida se lucra con el ejercicio sexual ajeno? ¿Cuál es el bien jurídico protegido? En verdad sólo hay una explicación: se considera inmoral vivir de la prostitución (sexual); sin embargo, esa no es una razón que legitime la incriminación penal y habla más de un Derecho Penal de autor que del acto (confunde lo que pudiera parecer repugnante a los ojos de algunos o de muchos —es irrelevante esa cuestión— con lo ilícito penal)⁶⁴.

En todo caso, lo que resulta fuera ya de toda medida es equiparar en la pena vivir de la explotación con determinar mediante violencia al ejercicio de la prostitución⁶⁵; en realidad lo que ha hecho el Legislador, rompiendo toda la sistemática que ha seguido en los tipos contra la libertad sexual, es proceder a realizar una amalgama de formas comisivas y de tipos que carece de racionalidad alguna.

En lo que importa a la prostitución en general sólo decir que fuera de los supuestos en los que ésta es, de una forma u otra, impuesta o forzada —y especialmente en los casos de “trata”—, ningún inconveniente debería ponerse a su plena integración en la vida social y laboral. Las alegaciones de algunas monjas/feministas/integristas de que todo ejercicio de la prostitución es forzado resulta, sencillamente, falso, pues sobradamente está demostrado que no pocas personas deciden, libremente, optar por el ejercicio de la prostitución como medio de vida o para afrontar ciertos lujos.

Entiendo que, como en tantos otros casos, se trata de una discusión sobre ámbitos de libertad y sobre los límites de intromisión del Estado en las decisiones individuales. A decir verdad el verdadero núcleo del problema penal está aquí, pues la resolución en un cierto sentido de alguna de estas cuestiones haría descender extraordinariamente el número de delitos sin que ello tuviera que significar ruptura alguna en las condiciones mínimas de la convivencia.

Un claro ejemplo de lo que estoy diciendo afecta a los delitos de tráfico de drogas. Como es conocido uno de los muchos precios que el Presidente estadounidense Wilson cobró a las potencias europeas a cambio de la intervención americana en la 1ª Guerra Mundial, fue que dentro del Pacto de la Sociedad de Naciones firmado en el marco del Tratado de Versalles⁶⁶, se apoyara su “ley seca” en materia de drogas (en lo que hasta ese momento había fracasado). La prohibición de esas sustancias (y en EE.UU, además, la del alcohol en lo que representó uno de los mayores errores jamás cometidos por un Estado en la historia de la criminalidad) ha sido, y es, la culpable de buena parte de los delitos cometidos actualmente⁶⁷, la responsable de la constitución y fortalecimiento de la mayoría de las organizaciones criminales, y la que ha posibilitado el nacimiento de narco-estados. Con la falta de regulación de la prostitución está ocurriendo algo parecido aunque con un matiz: en el

tráfico de drogas el objeto es, precisamente, la droga; en la prostitución el objeto son personas, y su falta de regulación provoca que miles de ellas sean víctimas cotidianas de delitos (violaciones, lesiones, detenciones ilegales, y un largo etcétera) de todo tipo; y alrededor las organizaciones criminales, el dinero negro, el lavado, la trata, etc.

Pues bien, es evidente que tanto en un caso como en otro la única salida lógica a la situación (para defender la libertad personal —la libertad de decisión de cada persona para elegir aquellas opciones que personalmente más le interesen— y para “ahogar” a la criminalidad) sea su regulación, lo cual traerá enormes beneficios para los ciudadanos (ampliaremos nuestro ámbito de libertad), para las prostitutas (estarán más protegidas frente a la explotación y podrán acceder a los mismos derechos que cualquiera otro trabajador) y para la sociedad en su conjunto (que verá descender extraordinariamente los índices delictivos).

NOTAS

1. No debe olvidarse que cuando en la Constitución Española se ha hecho alusión a la “moral” ello se ha llevado a cabo en un contexto determinado y más como protección de ámbitos del individuo (integridad moral) que como fuente generadora de normas de conducta. Así sucede en el artículo 15 (“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...”), y en el 27.3 (“Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones...”), únicos preceptos que incluyen referencia expresa a la moral.

2. Que es lo que provoca que, generalmente, estemos ante delitos únicamente perseguibles a instancia de parte, pues no siempre es posible —prescindiendo de la opinión al respecto de los participantes en la conducta sexual— determinar si el acto fue consentido o no (las relaciones llamadas sado masoquistas, o ciertas costumbres sexuales peculiares pero perfectamente legítimas). Incluso más allá de la existencia de una conducta impuesta (lo que incluso puede haber sido manifestado por el sujeto pasivo), el Ordenamiento sigue “dando la palabra” a la víctima para que autorice o no la persecución, y ello porque tratándose de una agresión a bienes tan personalísimos el orden jurídico sigue optando por conceder la máxima relevancia a la decisión de la víctima y a su valoración global sobre el hecho, lo que puede llegar a tener especial significación cuando han preexistido relaciones sexuales “normalizadas” entre ambos sujetos (véase en este sentido la STS 433/2009, de 21 de abril).

3. Por lo demás remito a GARCÍA RIVAS, N en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.) *Derecho Penal Español. Parte Especial* (I), Valencia, 2009, pp. 408 y ss.

4. Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 178 CP se refiere a intentar “contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación”, y no como hace el artículo 242 CP al “robo con violencia o intimidación en las personas”, o de modo más genérico el artículo 237 CP “empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas”. Es decir: que no hay por qué referir la violencia o intimidación exclusivamente a las personas.

5. Lo que, paradójicamente y sin embargo, sí se admite por la Jurisprudencia en relación al delito de coacciones (artículo 172 CP).

6. Además, mientras que como abusos sexuales se admiten los “tocamientos al descuido” (artículo 181.1 CP), sin embargo no se aceptan supuestos gravemente intimidatorios que no tengan un referente personal sino que graviten sobre una cosa; y esto no tiene sentido, pues ¿qué duda cabe que es más grave —tanto desde el punto de vista del sujeto activo como del pasivo— el quebrar expresamente una voluntad que el sorprenderla? En todo caso y a la vista de la Jurisprudencia sobre el delito de coacciones a la que se acaba de aludir, una imposición sexual realizada con fuerza en las cosas sería típica en relación a este último injusto.

7. Téngase en cuenta a ese respecto que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que la amenaza del mal ha de tener “entidad suficiente” para doblegar la voluntad de la persona (STS 1796/2002, de 25 de octubre), y consistir en “cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado” (STS 373/2008, de 24 de junio).

En el caso de que la intimidación recaiga sobre niños el Tribunal Supremo acude a un concepto más amplio, e incluye casos que no serían realizadores del elemento típico si el sujeto pasivo fuera un mayor de edad —y por más que la edad de la víctima no sea un elemento del tipo del artículo 178 CP; véase en este sentido STS 667/2008, de 5 de noviembre, en la que se exponen distintas situaciones que pueden dar origen a la intimidación (como amenazar con contar o dar publicidad a determinados hechos que conciernen al menor). En todo caso, y refiriéndome al último supuesto, debe decirse que esta aplicación esquizofrénica del tipo —que varía en dependencia de que el sujeto pasivo sea mayor o menor— no resulta aceptable; es decir: o se admite un concepto amplio de intimidación —aunque luego tenga mayor o menor ámbito teniendo en cuenta las peculiaridades subjetivas— o si se construye sólo desde lo personal (entendido como riesgo para la vida, la integridad, la salud o la libertad ambulatoria de la víctima, un tercero e incluso el propio sujeto activo —STS 1396/1999, de 1 de octubre) no es posible —el Principio de Legalidad no lo permite— variar de interpretación por ser la víctima menor.

8. No hay que olvidar en este sentido que en relación a otros injustos —y al margen de las coacciones— la Doctrina viene entendiendo que la intimidación acoge supuestos de fuerza sobre las cosas; es el caso del artículo 242 CP (robo violento o intimidatorio) en el que para PÉREZ MANZANO cabe la intimidación cuando la amenaza tiene como referencia un objeto material (en BAJO FERNÁNDEZ, M y otros *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Volumen II, Madrid, 1998, p. 396).

9. Véase a ese respecto el contenido del nuevo artículo 181.2 CP.

10. Diario Oficial de la Unión Europea L 13/44, de 20 de enero de 2004.

11. Se trataba de una herencia del Derecho justinianeo. La mayoría de edad en la Edad Media estuvo situada, en no pocos ordenamientos, en los 12 años. En nuestra legislación, los artículos 46 y 48 del Código Civil —ya desde el texto de 1889— disponen que la edad mínima para contraer matrimonio es a partir de la mayoría de edad —actualmente los 18 años—, salvo que el menor estuviera emancipado o a partir de los 14 años con dispensa del Juez de 1ª Instancia. En todo caso en la referencia “a la antigüedad” no debe comprenderse a la Grecia Clásica, donde con argumentos que unían lo biológico y lo ético postulaban el casamiento a edades mucho más avanzadas (especialmente en el caso del varón): “Por ello, está bien que ellas se casen en torno a los dieciocho años de edad, y ellos a los treinta y siete o un poco menos. A tales edades y cuando están los cuerpos en su plenitud se realizará la unión...” (ARISTÓTELES, *Política*, trad. Manuela García Valdés, Madrid, 2000, VII, 16, 1335a, p. 403).

12. Véase el canon 1083.1 del Código Canónico.

13. Debe tenerse en cuenta que el artículo 1 de la Convención sobre los derechos del niño define a éste como “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”.

14. Artículos 12 CE y 314 CC.

15. Véase el artículo 317 CC.

16. Artículo 1.1 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

17. Artículo 22.1 LO 2/2003, de 3 de mayo, de Educación.
18. Artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores.
19. Artículo 6.4 del Estatuto de los Trabajadores. Esa mínima edad es dispensable por la Autoridad Laboral en casos excepcionales siempre que no haya peligro para la salud física ni para la formación profesional y humana del menor.
20. Artículo 56.1 c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
21. Artículos 14.3, 20.2 b) y 21.3 b).
22. Artículo 92, II Código Civil (véase también los artículos 156, II y 159 del mismo cuerpo legal).
23. Artículo 173.2 Código Civil.
24. Artículo 177.1 y 3.3º Código Civil.
25. Artículo 231 Código Civil.
26. Artículo 13.Cuarto LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
27. Afirmación que admitiría matizaciones a la vista del contenido del canon 1084 del *Codex*.
28. Para alguna doctrina no sería el indicado el objeto del consentimiento para el Derecho Canónico, sino más bien la pura unión sexual, ello explicaría la admisión del matrimonio entre ancianos o entre estériles (que no pueden procrear) pero no entre impotentes (que no pueden realizar el acto sexual); o que el único matrimonio entre católicos que pueda ser disuelto sea el no consumado (véase IBÁN PÉREZ, IC “Notas para una propuesta de definición del matrimonio”, en *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 577 y ss.).
29. Empezando por esto último señalar (y hay experiencias suficientes al respecto en países como la India, algunos árabes y en no pocas comunidades indígenas latinoamericanas) que cuando la mujer contrae matrimonio muy joven sus inmediatas obligaciones con la maternidad la llevan a abandonar todo proyecto de educación, de modo que su posterior incorporación al mercado de trabajo (si es que llega a producirse en algún momento) será respecto de tareas sin ninguna especialización. De esta forma la sociedad prescinde, de un plumazo, de la mitad de la población en su creación de “inteligencia”, lo que supone una rémora difícilmente asumible, y queda facilitada la tarea de someter a la mujer a los deseos del varón.
30. “Indemnidad” significa, según el DRAE: “Estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio” (“Situación del que está libre de riesgo de sufrir daño”, MARÍA MOLINER). Es decir: “indemnidad” no expresa que un sujeto sea intangible, sino que no se le causa daño; la cuestión a continuación es determinar cuándo se estima que a alguien se le causa daño. En este sentido y si tomamos como guía lo recogido en el artículo 181.1 CP, no se entiende que se ataque la indemnidad en todos los supuestos en los que los sujetos hayan consentido en los actos sexuales. Por tanto lo que se entienda por “indemnidad” variará, dependiendo de contextos normativos. Indemnidad no es sinónimo de intangibilidad.
31. Para MARÍA MOLINER atentar significa “(del lat. ‘attentare’; ‘a’: ‘a la seguridad del Estado’; ‘contra’: ‘contra su vida, contra el jefe del Estado’) intr. Intentar causar un *daño grave a una persona o a una cosa. Significar menoscabo para los derechos, la dignidad, etc., de alguien: ‘Esa medida atenta a los derechos de los ciudadanos’. Desatentar. Hacer algo con que se pone en peligro la cosa que se expresa: ‘Estás atentando contra tu salud’.
32. No es típica, por tanto, la mera conducta de mantener relaciones sexuales con una persona que sufra trastorno mental —sin prevalerse de ese estado; en caso contrario se estaría negando el derecho a la sexualidad de los enfermos mentales, lo que chocaría claramente con derechos constitucionales básicos.
33. Prescindo ahora de otras posibilidades de tipificación.

34. Cuyo *modus operandi* se restringe a los “actos lúbricos cometidos por sorpresa” y a la incapacidad para resistirse (por todas, STS 1097/2007, de 18 de diciembre).

35. Obviamente, y aunque el tipo de estupro engaño sea un delito especial por razón del sujeto pasivo, si la obtención del consentimiento mediante engaño se entiende relevante en los mayores de trece años, con la misma o mayor razón ha de entenderse significativa en los menores de esa edad (y ello con independencia de la tipificación concreta que mereciera la captación de la voluntad del menor; en ese sentido no debe olvidarse que el Tribunal Supremo ha entendido en algunos casos que si el sujeto pasivo es un niño de muy corta edad habría que tipificar la conducta como violación, STS 1084/2001, de 9 de junio).

36. Véanse el parágrafo 176.1 del StGB y el artículo 609 *quater* del Código Penal italiano.

37. A este respecto resulta de interés el artículo 609 *quater*.2, II del Código Penal italiano: “No es punible el menor que, fuera de las hipótesis previstas en el artículo 609 bis, realiza actos sexuales con un menor que haya cumplido los trece años, si la diferencia de edad entre los sujetos no es superior a los tres años”.

38. Véase VENTURA PÜSCHEL, A en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, ob. cit., p. 463.

39. Que en España se refieren a menores de trece años, pero se trata de una frontera muy variable en los distintos países; así en el StGB se establece en los catorce años (parágrafo 176.1) y lo mismo sucede en el italiano (artículo 609 *quáter*.1), aunque con alguna excepción (artículo 609 *quáter*.2).

40. Obviamente esta afirmación ha sido duramente atacada por el pensamiento conservador, que ha desarrollado una guerra de siglos ya no solamente contra las relaciones sexuales entre menores sino contra la sexualidad realizada sobre el propio cuerpo. En este sentido pocas afirmaciones más ridículas, insensatas y estúpidas que las utilizadas en la guerra librada contra el onanismo por las instancias reaccionarias (con el clero a la cabeza, naturalmente, que utilizaban en pleno siglo XX los argumentos de Aristóteles e Hipócrates al respecto). Obviamente esta batalla contra la masturbación también lo era “de clase”, y en este sentido apunta FOUCAULT (*Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, trad. Ulises Guinázú, 5ª ed., Madrid, 1987, p. 147) “En cuanto al adolescente que dilapidaba en placeres secretos su futura sustancia, el niño onanista que preocupó tanto a médicos y educadores...no era el niño del pueblo, el futuro obrero, a quien habría sido necesario inculcarle las disciplinas del cuerpo; era el colegial, el jovencito rodeado de sirvientes, preceptores y gobernantas, y que corría el riesgo de comprometer menos una fuerza física que capacidades intelectuales, un deber moral y la obligación de conservar para su familia y su clase una descendencia sana”.

41. Es decir, no es aceptable desde mi punto de vista una concepción de la sexualidad que tenga en cuenta exclusivamente la perspectiva del adulto. Porque la cuestión no es solamente si sexualidad infantil sí o no (lo que ya ha sido suficientemente respondido) sino qué sexualidad, si sólo la infantil, la propiamente infantil, o si debe ser ya la del adulto.

42. Debe tenerse en cuenta que el mantenimiento de relaciones sexuales supone una implicación personal tan intensa que convierten en absolutamente rechazables, de plano, algunas tesis interesadas sobre la supuesta neutralidad de las relaciones sexuales con niños: no es lo mismo relacionarse sexualmente —más aún, pero no sólo, si hay penetración— que asistir a una comida o a una sesión cinematográfica. En efecto, si bien es cierto que cuando hay suficiente consciencia sobre la sexualidad y consentimiento acerca de esas relaciones, las consecuencias no sólo no son negativas sino que aparecen como altamente positivas, también es verdad que la realización sexual sin pleno conocimiento de sus implicaciones no sólo coloca a los sujetos en planos distintos sino que puede resultar gravísimamente perturbadora para el menor, para su propia individualidad y para su ser social.

43. Cuando se dice “adulto”, y en nuestro sistema legal, también estamos haciendo referencia a otros niños: los de catorce años en adelante. ¿Debe considerarse delictiva una relación sexual plenamente consentida —y sin vicios en el consentimiento— entre un niño de catorce años y una niña de “casi trece”? Creo que no necesariamente debe ser así —aunque en algún caso pudiera serlo—, que hay que tener en cuenta —como viene haciendo el Tribunal Supremo cuando de valorar la existencia de prevalimiento se trata— las edades de ambos sujetos y todo tipo de circunstancias que rodeen al hecho.

Obviamente hay algunos problemas más difíciles de solventar como el de los pedófilos. Sin embargo esta cuestión hay que plantearla en términos adecuados: 1º) No acogiendo juicios morales como causa de tipicidad. Por el hecho de que toda una serie de personas obtengan su placer sexual sólo o predominantemente en su relación con niños, no hay que convertirlos sin más en objeto penal (no hay que resucitar en los pedófilos la experiencia de la homosexualidad y la per-

secución que han sufrido sus adeptos —de la misma forma que la que sufrieron los heterosexuales que en sus prácticas sexuales “se salían” de lo que se consideraba “decente” o “normal”); es decir: el mero hecho de “ser” pedófilo —de sentirse atraído por los niños hasta el punto de obtener satisfacción sexual únicamente en el campo de esa atracción— no es constitutivo de delito (además no hay que olvidar que buena parte de los pedófilos se “detienen” en fantasías, en el mero “acompañar” a niños, “estar” con ellos, participar en sus juegos, sin pasar a la realización de concretos hechos sexuales con niños; únicamente en el campo de la pornografía infantil es posible, en muchos casos, tipificar sus conductas), sí lo sería la realización de actos de contenido sexual con niños. 2º) La razón del castigo penal hay que vincularlo con el ataque al bien jurídico en los términos expuestos y con la realización de las modalidades de conducta correspondientes: y ello con independencia de que sean o no pedófilos los sujetos activos (no debe olvidarse, por otra parte, que no pocos casos de sexo con niños —por ejemplo, del que se lleva a cabo en algunos países del sureste asiático o en otras naciones de destino de turismo sexual— no está protagonizado por pedófilos sino por sujetos heterosexuales que habitualmente desarrollan una sexualidad que pudiéramos considerar “normal” y plenamente consentida con adultos). 3º) Habría que valorar con mayor detenimiento la aplicación o no de circunstancias que afecten a la culpabilidad en el caso de los pedófilos. En efecto, el Tribunal Supremo ha rechazado la apreciación de alteración mental (en cualquiera de sus configuraciones) en pedófilos por estimar que éstos mantienen intactas sus facultades mentales: “no supone ausencia de los mecanismos de dirección de la conducta ni de los frenos inhibitorios” (SSTS 947/2009, de 2 de octubre; 873/2009, de 23 de julio, y 210/2003, de 17 de febrero); y sólo ha apreciado alguna atenuación en supuestos graves, asociada la pedofilia a trastornos psíquicos relevantes como alcoholismo, toxicomanía o neurosis depresiva (SSTS 768/2004, de 18 de junio; 285/2003, de 28 de febrero, y 144/1995, de 8 de febrero). Resulta en todo caso llamativo algún posicionamiento de los tribunales, como el plasmado en la SAP, Madrid, 23, 99/2008, de 9 de julio, en la que se afirma:

“la mera existencia de una perversión sexual, aunque la misma obligue a considerar personalidad psicopática a quien la presenta, no debe llevar, sin más, a la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Determinados atentados contra la libertad sexual descritos en la Ley penal apenas son concebibles en sujetos que no sean sexualmente perversos; y no tendría sentido que se hubiesen tipificado como delitos, es decir, como hechos máximamente reprobables, conductas en las que necesariamente hubiere de apreciarse una disminución mayor o menor de la culpabilidad”.

Me llama la atención especialmente esta Sentencia porque pareciera que en ella se parte de las teorías de los tipos criminológicos de autor (¿cómo aplicar en delitos contra la libertad sexual determinadas circunstancias atenuantes que revelan problemas de personalidad en los sujetos, cuando los tipos penales de que se trata sólo son realizables por pervertidos?), lo que no parece que case exactamente con los principios que informan nuestro Derecho Penal.

En fin, sólo insistir en que se trata de una cuestión especialmente importante si se tiene en cuenta que vinculada a la caracterización como pedófilos está, o puede estar, la adopción de medidas como la de libertad vigilada a imponer tras el cumplimiento de la pena (véase el artículo 192.1 CP, y la reciente Sentencia del TEDH caso De Schepper contra Bélgica, de 13 de octubre de 2009); por ello resulta preciso reevaluar la cuestión con ayuda de psiquiatras, para poder determinar si cierto grado de pedofilia debería ser encuadrado en las alteraciones mentales (hace ya años en alguna sentencia del Tribunal Supremo —16 de julio de 1991, que se recuerda posteriormente en otras como la 768/2004, de 18 de junio— se planteaba la posibilidad de afectación a la imputabilidad por pedofilia en casos de “pasión desbordada”).

44. Caso del Odenwaldschule, una escuela laica alemana muy prestigiosa que desde su fundación en 1910 se implicó en los movimientos de reforma de la educación (los abusos sexuales han sido denunciados por el *Frankfurter Rundschau* —véanse las declaraciones efectuadas por la Directora del Colegio, Frau Kaufmann, a este periódico en la edición de 7 de abril de 2010, asimismo el relato de una antigua alumna, Amelie Fried, en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 12 de marzo de 2010—, y han causado una profunda conmoción en Alemania; véase, también, una narración de los hechos en *The Guardian* de 17 de marzo de 2010).

45. Me refiero, por ejemplo, al caso de Reinhard Röhl (que fue pareja de Ulrike Meinhof, y cuya común hija ha sido quien ha denunciado al padre por abusos) editor de la revista *Konkret*.

46. Véase TAMARIT SUMALLA, JM *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*, Cizur Menor, 2002, pp. 18 y ss.

47. Con motivo de la discusión que se estaba desarrollando en el Parlamento francés sobre la reforma del Código Penal en materia de sexualidad.

48. Véase “La loi de la pudeur”, *Recherches*, núm. 37, abril 1979, *Fous d'enfance*, pp. 69 y ss.; FOUCAULT, M *Dits et écrits 1954-1988*, vol. III 1976-1979, París, 1994, pp. 766 y ss.

49. Naturalmente que cuando hago referencia a que en alguna ocasión muy aislada el niño puede haber sido el provocador, no pretendo, antes al contrario, mostrar mi acuerdo con esa práctica justificativa, habitual entre los pederastas, según la cual son los niños los culpables y los que han arrastrado al adulto a la realización de los actos sexuales. Un magnífico ejemplo de lo que digo, de la citada práctica, se recoge en la SAP, Madrid, 5ª, 121/2008, de 20 de octubre, en la que se plasma el relato del procesado —rechazado por la Sala— según el cual “... fue ella quien tomó la iniciativa de comenzarla y quien, en resumen, tomó todas las iniciativas: desde manifestar la primera su deseo e impaciencia, hasta superar los obstáculos materiales para reunirse con él, idear la forma de poder ambos comunicarse y buscar el sitio para celebrar sus citas, burlando la vigilancia de otros adultos —y sobre todo de sus padres—, hasta ser ella también, desde luego, quien tomó la decisión de que tuvieran relaciones sexuales completas, pues, dijo, ‘ella llevaba la voz cantante en la relación’”. Pero como digo hay casos en los que los tribunales entienden que, efectivamente, han sido los niños los provocadores de la situación sexual; véase a este respecto, la STS 401/2010, de 6 de mayo, que, incluso, utiliza este dato —junto con otros— para disminuir la pena al condenado, lo que no deja de resultar fuertemente llamativo pues parece conceder una cierta relevancia al consentimiento otorgado por la menor.

50. Eso sí, cuando el Obispo de Tenerife declaró (véase El País de 27 de diciembre de 2007), con gran escándalo de la opinión pública española, que: “Puede haber menores que sí lo consientan y, de hecho, los hay. Hay adolescentes de 13 años que son menores y están perfectamente de acuerdo y, además, deseándolo. Incluso si te descuidas te provocan. Esto de la sexualidad es algo más complejo de lo que parece”, estaba empleando un inaceptable argumento justificador de la pederastia, en general y en lo concreto. ¿Por qué los poderes públicos no intervienen contra esos sujetos cuando efectúan declaraciones como la transcrita, siendo así que los empleados de la Iglesia Católica están protagonizando continuos escándalos en esta materia? ¿Es que sólo comete delito el cura musulmán cuando predica sobre la conveniencia de pegar y disciplinar a la propia esposa y no el jerarca católico cuando justifica la pederastia? No, lo que sucede es que el Estado sigue mostrando una debilidad (en todos los ámbitos) intolerable frente a la Iglesia Católica.

51. Consideración que debe proyectarse más allá del momento de inauguración de la edad adulta; en ese sentido el propio CP ante situaciones de desigualdad entre adultos en las que se llevan a cabo relaciones sexuales, no duda en acudir a la tipificación (abusos sexuales de prevalimiento, en los que se concluye normativamente que el consentimiento está viciado, cuando en no pocas ocasiones se trata de una aseveración difícil de precisar y que está más cerca de la desigualdad que del vicio del consentimiento).

52. Como por ejemplo las ya referidas (y otras muchas similares) de sujetos que cuando todavía eran menores de edad empezaron a mantener relaciones sexuales, cosa que siguieron haciendo cuando uno de ellos alcanzó la mayoría de edad penal y el otro aún no la de trece años.

53. Por ejemplo ¿Cómo calificar la conducta del sujeto que con finalidad sexual acaricia insistentemente los genitales de un niño de dos meses? Desde luego que en un supuesto como éste resulta muy difícil, por no decir imposible y a la vista de la escasa edad del sujeto pasivo, hablar de que se haya podido afectar a la correcta formación de su personalidad en el plano sexual. La legislación anterior —en realidad la aún vigente— con la cláusula del artículo 181.2 CP permitía, sin embargo, una respuesta penal más automática (aunque, quizás, conculcadora del Principio de Lesividad).

54. Pues los tribunales ante situaciones idénticas dictarán resoluciones contradictorias.

55. W. REICH (*La revolución sexual*, trad. Paulino García Moya, México, 1976, p. 91) advertía sobre el hecho de que “La ideología conservadora no ha podido en ningún dominio influir en la sexología tanto como en el de la sexualidad del adolescente. El alfa y el omega de todas las ‘investigaciones’ ha consistido siempre en saltar, de la afirmación de que la pubertad es ante todo la madurez sexual, a la exigencia de la continencia para los adolescentes”.

56. Este hecho fue comprendido perfectamente por la Iglesia Católica a la hora de construir la tecnología propia de la confesión: el confesor debía tener en cuenta, e inquirir, no solamente por el acto sexual mismo (la penetración), sino por todo lo que lo rodeaba en tanto entendían (lógicamente) que formaba parte de ello (pensamientos, representaciones, imágenes, etc.). El castigo (la penitencia) así lo era por un todo. Pues bien a la hora de llevar ese escenario al mundo penal se desgaja lo que, en la naturaleza de las cosas, está unido, y mientras la penetración resulta impune los actos que la acompañan (y que pueden ser condición necesaria en lo concreto para la misma) se sancionan.

57. Como es conocido la promesa de matrimonio ha constituido históricamente el engaño prototípico, y alrededor del cual la Jurisprudencia construyó su doctrina sobre la figura del estupro engaño. Pero no hay más que leer la argumentación de alguna sentencia para poder percatarse de que semejantes planteamientos se encuentran absolutamente alejados de la actual mentalidad social; véase, por ejemplo, lo afirmado en la SAP, Murcia, 3ª, 3/2001, de 14 de febrero:

En el caso de la promesa de matrimonio se exige que la misma se produzca formalmente, dentro de una relación estable y duradera que la haga digna de crédito, o pueda considerarse una argucia poderosa o suficiente para inducir a error y como consecuencia del mismo a otorgarle su consentimiento a la realización del acto sexual.

Recientemente en alguna resolución se califican como abusos sexuales por engaño hechos —en el primer caso que se cita confusamente expuestos tanto en la sentencia de instancia como en la de casación— como los de captar a jóvenes con el señuelo de llegar a ser cantantes (STS 293/2005, de 7 de marzo), o la de suplantar a la persona del novio (STS 1192/2005, de 14 de octubre), o más antiguamente se aludía a la ocultación del estado de casado (SSTS de 11 de noviembre de 1976 y 20 de enero de 1972).

58. Un ejemplo de lo acabado de exponer se manifiesta en la SAP, Toledo, 2ª, 16/2009, de 28 de abril; en esa ocasión la mujer acompaña al sujeto activo hasta un puente porque éste le dice que allí se encuentran unas “pintadas” que desea exponerle, llegados al lugar resulta que no hay tales pintadas y el sujeto activo procede, con la oposición de la menor, a desprenderla de la ropa y a penetrarla. Se condenó por un delito de estupro engaño del artículo 183.2, siendo así que: 1º) Si hubo oposición de la menor y esta se venció a la fuerza —como se declara en los “hechos probados”—, la calificación debería haber ido por vía de la violación; 2º) Si hubo oposición y la mujer no se resistió al verse en un lugar solitario, la calificación hubiera debido encaminarse o bien por la violación por intimidación o concluir con la absolucón. Es decir, la cuestión relevante en el estupro engaño es que la sugestión esté directamente enlazada con el consentimiento para la realización de actos de significado sexual, no meramente para trasladarse o acudir a un determinado lugar (este mismo problema se plantea en otros casos, véase por ejemplo la STS más arriba citada 293/2005, de 7 de marzo).

59. En este sentido y en relación, por ejemplo, a la promesa de matrimonio, los tribunales vienen refiriéndose a que la misma se produzca formalmente, dentro de una relación estable y duradera que la haga digna de crédito (SAP, Murcia, 3ª, 3/2001, de 14 de febrero), o la realizada después de un año de relaciones y aplazando el enlace a cuando la víctima alcanzase la mayoría de edad (SAP, La Coruña, 5ª, 29/1999, de 26 de febrero), no cupiendo apreciar engaño en meras relaciones de amistad pero sí de noviazgo (STS de 10 de octubre de 1976).

60. Por cierto, que el matrimonio monogámico cumple una función esencialmente económica, estando muy lejos la monogamia de constituirse en la esencia del matrimonio. Tanto es así que en momentos en los cuales las necesidades económicas lo exigían, no ha habido mayores dificultades para que *de iure o de facto* se pospusiera la monogamia. Así, es suficientemente conocido cómo tras la Guerra de los Treinta Años (que se desarrolló, como es sabido, entre 1618 y 1648, y donde se empeñaron todas las potencias europeas) que llevó la destrucción a Centroeuropa y el despoblamiento especialmente a Alemania que perdió hasta un tercio de su población, se dictó por la Dieta de Núremberg el Decreto de 14 de febrero de 1650 con el siguiente contenido:

“Puesto que las necesidades del Santo Imperio Romano exigen que se reemplace la población diezmada por la guerra, el hambre y la enfermedad, todo varón tendrá derecho, durante los próximos 10 años, a desposar a dos mujeres” (SAPETTI, *A Los varones que saben amar*, Buenos Aires, 1996, p. 103).

Algo parecido, pero sólo desde el punto de vista de los hechos, ocurrió en Paraguay tras la Guerra de la Triple Alianza (1864-1870) en la que aquél país perdió —en su contienda con Brasil, Argentina y Uruguay— además de la Guerra la mitad de su población, con el agravante de que la relación entre sexos quedó en tres a uno a favor de las mujeres (hay otros cálculos según los cuales la proporción era de diez a uno, habiéndose dado la pérdida de población en la misma proporción, pasando de un millón trescientos mil siete años antes de la guerra a doscientos cuarenta mil diez y siete años después), siendo además buena parte de los varones supervivientes niños pequeños (debe tenerse presente que de la parte de Paraguay fueron enviados a los combates todos los varones mayores de diez años), ancianos o inválidos. La necesidad de repoblación llevó a que, de hecho, cada varón tuviera acceso, y se reprodujera, con varias mujeres (algún historiador apunta a que lo sucedido tras la guerra tenía una base sólida en la peculiar estructura social del Paraguay pre bélica, donde por razones económicas, del servicio militar, religiosas y por el intenso mestizaje, era ya muy habitual que un alto porcentaje de hogares tuviera como único jefe a una mujer y que muchas de ellas tuvieran descendencia de distintos hombres fuera del matrimonio; lo único que ocurrió tras el 1870 es que con la catástrofe bélica, política, demográfica, económica y con la ocupación —con los soldados de la ocupación, especialmente brasileños—, se potenciaron estas tendencias; véanse en este sentido POTTHAST, B “Hogares dirigidos por mujeres e hijos naturales. Familias y estructuras domésticas en el Paraguay del siglo XIX”, en CICERCHIA, R (compilador) *Formas familiares, procesos históricos y cambio social en América Latina*, Quito, 1998, pp. 131 y ss., y bibliografía allí indicada, y DOMINGUEZ, R *El valle y la loma y Culturas de la selva: comunicación entre comunidades rurales*, Asunción, 1995, *passim*).

Para mayor *inri* cuando la población daba muestras de una buena recuperación Paraguay entró con Bolivia en la cruelísima Guerra del Chaco (1932-1935), y aunque salió victoriosa volvió a sufrir un durísimo castigo en su población masculina. Todo ello, mezclado con posteriores hechos bélicos —guerra civil— han terminado creando una cierta cultura tendente a la poligamia de hecho.

61. Referente éste que continúa de actualidad por más que el divorcio se haya convertido en una institución normalizada, pues vigente un matrimonio (el primero o el cuarto) la exigencia de exclusividad sexual sigue siendo absolutamente mayoritaria.

62. Para los antecedentes históricos inmediatos véase ÁLVAREZ GARCÍA, FJ y VENTURA PÜSCHEL en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ *Derecho Penal español. Parte Especial* (I), ob. cit., pp. 399 y ss.

63. El “Legislador unido” podríamos decir, ya que el texto fue introducido por una Enmienda presentada por “la parte católica” de un Grupo Parlamentario (el de CiU), pero que fue apoyada por todo el Congreso (con la excepción de cuatro votos). Uno de los argumentos, sino el principal, manejado para la reforma fue que España con la despenalización del rufianismo se había apartado del contenido del Convenio de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949 (para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena); esta opinión sobre el incumplimiento del Convenio venía reforzada por las conclusiones del XVI Congreso Estatal de Mujeres Abogadas.

Efectivamente es cierto que el párrafo tercero del artículo 1 del Convenio de 1949 obliga al castigo de la explotación aún consentida de la prostitución, pero también lo es que la contemplación de nuevas perspectivas llevan a realizar otra lectura de esos Convenios (lo que es posible por la peculiar naturaleza jurídica de estos actos internacionales).

64. Tiene, sin embargo, toda la lógica declarar la irrelevancia del consentimiento tal y como lo hace la Decisión Marco 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2002, en su artículo 1.2.

65. Lo que es, incluso, seriamente criticado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase en este sentido la STS 445/2008, de 3 de julio, que invoca como vulnerado el principio de proporcionalidad.

66. “Artículo 23

Con la reserva y de conformidad con las disposiciones de los convenios internacionales existentes en la actualidad o que celebren en lo sucesivo, los miembros de la Sociedad:

...

c) Confiarán a la Sociedad la inspección general de la ejecución de los acuerdos relativos a la trata de mujeres y de niños, y al tráfico del opio y demás drogas perjudiciales”.

67. Si se consultan las estadísticas penitenciarias españolas (excluida Cataluña), se podrá comprobar que en el mes de mayo de 2010 de un total de 59.577 reclusos 16.579 (un 27,8%) lo eran por delitos de tráfico de drogas; si a esta cifra le sumamos parte de los 22.980 que estando clasificados como internos por la comisión de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en realidad se trata de delitos conectados con el tráfico de drogas (ataques contra el patrimonio con objeto de comprar droga, fundamentalmente), obtendremos que más del 40% de los internos lo son por delitos vinculados con el tráfico de drogas (en la criminología de otros muchos delitos podemos observar también relación con el tráfico de drogas, es el caso de no pocos homicidios y lesiones causados como consecuencia de ajustes de cuentas o de lucha por el territorio, delitos fiscales, cohecho, etc.).

Fecha de recepción: 7 de septiembre de 2010

Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2010