

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE MORAL Y DERECHO PENAL

Enrique Orts Berenguer
Catedrático de Derecho penal – Universitat de València

delitos contra la libertad sexual – moral y derecho penal – pornografía

Conferencia pronunciada en el Congreso anual de la Sección española de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en 2009.

Recibido: 16/06/09

Publicado: 13/07/09

© 2009 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *on line* en <http://www.uv.es/recrim>

Planteamiento – Absurdos patentes – Reflexión final

1. Planteamiento

Por afecto y amabilidad, la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), me ha invitado a participar en su congreso anual y a hablar de Moral y Derecho penal, un tema para el que no creo ser la persona indicada, sencillamente porque desde siempre la moral y la conciencia me han concitado una fuerte desazón, o mejor me la han concitado las invocaciones de la moral y de la conciencia (objeción de conciencia, incluida¹), a buen seguro por la imagen negativa y predominantemente zoológica que tengo de la especie a la que pertenezco.

Por otra parte, no me resulta fácil determinar la naturaleza y el concepto de juicio moral, porque basta recordar el largo e inacabo debate sobre cuestiones tales como:

- si es posible o no la objetividad de los juicios morales;
- si la apreciación de una acción virtuosa se realiza por medio de un juicio o de un sentimiento; si sabemos lo que es bueno gracias a la razón o por una especie de sentido moral;
- si es posible conocerlos o los juicios morales sólo expresan lo que sentimos;
- si la intuición moral es la base del juicio moral; si la acción debida está referida a intuiciones básicas de bondad y es la que produce la mayor cantidad posible de bien;

¹ Y no me refiero sólo a las tergiversaciones que de la objeción de conciencia se han hecho por personas que ni siquiera saben lo que es, ni a los desvaríos de algunos profesionales, políticos y gente llana (llana también en lo cerebral y en lo moral).

- si la bondad es simplemente una propiedad no-natural descubierta por la intuición;
- si es posible y deseable la separación entre Derecho y Moral;
- si la inacabada controversia sobre el tema viene motivada porque “la” moral se contraponen como un sector unitario, sin estructurar e indiferenciado del ser de los hombres, al Derecho;
- y muchos síes más para los que no tengo una respuesta solvente².

No voy a ocuparme más que de la última cuestión planteada y de forma no muy ambiciosa, señalando, en primer lugar, los presupuestos de que parto. Para empezar, diré –frente a quienes, la nieguen o no explícitamente, siembran las bases para generar su confusión, cuando, por ejemplo, establecen una obligada conexión de las normas penales con la dañinidad social, sin alcanzar a definirla objetivamente³–, que me sumo al grupo de los que defienden la tajante separación entre Derecho y moral⁴ y la consideran esencial para que las libertades básicas no resulten anuladas, para que la libertad de expresión, la de ideología, el libre desarrollo de la personalidad, no se vean constreñidos ilegítimamente, y el propio sistema democrático se desvanezca⁵.

² Sin el menor ánimo de exhaustividad, *vid.* P. Foot, *Teorías sobre la Ética*, Breviarios del Fondo de cultura económica, 1974; R.M. Dworkin, *La Filosofía del Derecho*, Breviarios del Fondo de cultura económica, 1980; del mismo: *Los derechos en serio*, Ariel, 1995; H.L.A. Hart, *Derecho y Moral, Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962; del mismo, *El concepto de Derecho*, Ed. Nacional, México, 1980; D. Ross, *Fundamentos de Ética*, Manuales Eudeba, Buenos Aires, 1972; L.L. Fuller, *La Moral del Derecho*, Ed. F. Trillas, México, 1967; B. Russell, *Sociedad humana*, cátedra, 1993; G.E. Moore, *Principia ethica*, trad. A. García Díaz, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Estudios Filosóficos, 1959; A. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963; S.E. Toulmin, *El puesto de la razón en la ética*, Alianza Editorial, 1979; G. Radbruch, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930; del mismo, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. W. Roces, Fondo de Cultura Económica, 1974; del mismo y Schmidt y Welzel, *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, 1971; H. Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho, Fundamentos del Derecho*, trad. Gimbernat Ordeig, Taurus, 1971, págs. 216 y ss. Y, por supuesto, I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, 1994; del mismo, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Austral, 1990.

³ Cfr. G. Jakobs, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. J. Cuello Contreras y J.L. González de Murillo, Marcial Pons, 1997, pág. 58. En relación con moralidad y Derecho, este autor hace una afirmación, difícilmente aceptable para cualquiera que crea en la libertad y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin necesidad de ser un feminista radical, y que rechaza una concepción de la moralidad pacata, reaccionaria e inhumana, al tachar y condenar como inmorales las relaciones homosexuales: “El hecho de que, por ej., la muerte de una persona contrahecha no sea meramente inmoral, pero *si lo sea la actividad lésbica*, rige sólo para sociedades que consideran cada existencia como asunto público, pero no así la actividad sexual consentida de los individuos (*op. cit.*, pág. 55). En línea quizá con la sentencia del Tribunal de Karlsruhe, de 10 de mayo de 1957, que declaró que el castigo de la homosexualidad entre adultos no era discriminatorio y era legítimo, por cuanto la Moral podía limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

⁴ No voy a entrar en las “conexiones” que sin duda existen entre Derecho y Moral, tanto porque muchas infracciones legales pueden considerarse a la vez hechos inmorales, como porque las leyes, las penales en particular, reflejan a menudo las reglas morales más comúnmente aceptadas. *Vid.* Vives Antón, *Fundamentos del sistema de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 363 y ss.

⁵ Vid. T.S. Vives Antón, Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, pág. 402. Como también puede estarse hablando de moral autónoma, de los sistemas de ética superior religiosa y profana o de la moral social (H. Henkel, *op. cit.*, págs.218 y ss.).

En segundo lugar, llego hasta entender que cuando se habla de moral se puede estar hablando de varias cosas, por lo menos se puede estar haciendo referencia al conjunto de las buenas condiciones de una convivencia racionalmente ordenada, del ámbito total de lo que podemos considerar éticamente bueno o malo; o, en un sentido más restringido, se puede estar hablando del espacio de lo que concierne a la perfección individual, al ideal de buena vida⁶.

Y al sostener la tajante separación entre Derecho y Moral se subraya la que debe existir entre el primero, el Derecho penal muy especialmente, y la moral en el segundo sentido apuntado, pues el Derecho penal no es ni puede ni debe ser un sistema de salvación personal o un camino de perfección, sino un orden de la coexistencia humana⁷. Y, sobre todo, la Moral, en este sentido restringido no puede ser tomada en cuenta ni a la hora de legislar ni a las de interpretar y aplicar las normas punitivas, si no es a costa de limitar, como ha quedado dicho, de forma intolerable la libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad. Pero, ni siquiera sería aceptable ni legítima la coerción a partir de opciones morales mayoritariamente asumidas por los ciudadanos, pues hay una incompatibilidad absoluta entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y aquella clase de limitaciones, ajenas para las minorías en desacuerdo⁸.

Pues bien, desde este punto de partida mínimamente volteriano y sumamente *vivesiano*, pretendo reflexionar con brevedad sobre algunas cuestiones relacionadas con las tangencias habidas entre Moral y Derecho penal, de forma especial en la esfera de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, porque es en ellos, además de en los delitos relacionados con el aborto y la eutanasia⁹, donde aquellas conexiones son más ostensibles (tal vez podríamos hablar de moral sexual, como conjunto de reglas de comportamiento generalmente aceptadas como obligatorias por la mayoría de la personas en el terreno sexual)¹⁰, a raíz de las sucesivas y abundantes transformaciones que se han experimentado aquéllos, luego de la promulgación del Código penal de 1995, en sorprendente contraste con las que sufrió con anterioridad. Pues si las que recayeron sobre el Código penal de 1973 tuvieron como efecto aliviar la fuerte carga moralizante de que adolecía su título dedicado a los entonces denominados “Delitos contra la honestidad”, las que se han producido con posterioridad al Código penal de 1995 han tenido el efecto contrario: si en 1978 se suprimieron los delitos de adulterio y amancebamiento (en los que se castigaba de forma inconstitucionalmente desigual el adulterio del hombre y el de la mujer, además de suponer la catalogación entre los delitos de actos considerados inmorales); si en 1988 se sustituyó el delito de escándalo

⁶ Cfr. Vives Antón, *Sistema democrático* cit., pág. 402-403, y *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 361 y ss., donde distingue entre moral-justicia (referida al Derecho metapositivo) y moral-virtud (referida al ideal de la vida buena), en págs. 361-362.

⁷ Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 36.

⁸ Cfr. Vives Antón, Los delitos de escándalo público, en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 310.

⁹ De los que, creo, van a ocuparse mis compañeros de mesa.

¹⁰ Con planteamientos muy lejanos de los patrocinados por lord Devlin (La moral y el Derecho penal), en *La Filosofía del Derecho*, de R.M. Dworkin, cit., págs. 128 y ss. *Vid.* también Boix Reig, en *Mujer y Derecho Penal*, coord. por Latorre Latorre, Tirant lo Blanch, 1995; Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 207 y ss.

público (de pésimas hechuras y relación con el principio de legalidad¹¹) por el de exhibicionismo y provocación sexual; si en 1989 se reemplazó la añeja y significativa rúbrica “De los delitos contra la honestidad”, por la de “De los delitos contra la libertad sexual”, así como el delito de abusos deshonestos por el agresiones sexuales, y se retocaron los delitos de violación; y si, finalmente, el Código penal de 1995 dio a estos delitos una clara orientación hacia la tutela de la libertad sexual, las reformas que se han ido sucediendo desde entonces han supuesto un giro radical respecto de esa trayectoria:

- la de 1999, según la Exposición de motivos de la ley orgánica que la introdujo, tuvo como objetivo “garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de menores e incapaces, ante los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se había producido...”; fruto de ese afán protector fue la recuperación del término “violación” (con un significado distinto al que poseía en los Códigos del siglo XIX y en el de 1973) y de una figura de corrupción de menores, distinta de la del Código anterior, pero problemática desde no pocos puntos de vista; y el endurecimiento de las penas, paradójicamente para fortalecer el principio de proporcionalidad; así como, la dilatación del ámbito de lo punible, etc.¹²;
- las de 2003 amplían las conductas constitutivas de violación (al incluir en ella la introducción de miembros corporales) y los supuestos agravados; se incrementa el rigor de las penas; se crean nuevos delitos, como los consistentes en lucrarse mediante la explotación de la prostitución ajena, aunque sea con el consentimiento de la persona que se prostituye, y la posesión de material pornográfico elaborado con menores o incapaces para el propio uso; modalidades agravadas y un tipo de pornografía virtual o semi virtual¹³;
- y en los anteproyectos de reforma del Código penal de 2008 se incluyen los delitos de mantener una relación sexual con un menor a cambio de una remuneración, de lucrarse con actividades de utilización de menores con fines pornográficos; y en general, se agravan las penas, especialmente siempre que el ofendido sea menor de trece años.

Muchas de las modificaciones habidas presentan un trasfondo moralizante, que, si en algún caso, pudiera tener como contrapunto un mayor afán de tutela, en otros no aparece acompañado de contrapeso tuitivo alguno y, en ocasiones, patentizan absurdos, sobre todo en punto a la protección de menores, a la par que propician preceptos de dudosa constitucionalidad.

¹¹ Vid. Vives Antón, El delito de escándalo público cit.

¹² Vid. La reforma de los delitos contra la libertad sexual, de Orts Berenguer/Alonso Rimo, en *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, coord. Zúñiga Rodríguez/Méndez Rodríguez/Diego Díaz-Santos, págs. 67 y ss., Colex, 2001.

¹³ Sobre estas reformas vid. *Últimas reformas penales sustantivas y procesales*, de Orts Berenguer/Gómez Colomer/González Cussac/Planchadell Gargallo/Matallín Evangelio/Alonso Rimo/Roig Torres/Guardiola García. Ed. Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales. Universitat de València, 2006; y Las últimas reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, Orts Berenguer/Roig Torres. En *CPC* 2005.

2. Absurdos patentes

a) La relación sexual de un adulto con un menor de dieciocho años y mayor de trece es, en principio atípica¹⁴. Sin embargo, mostrar o facilitar material pornográfico a un menor puede comportar la aplicación del art. 186. De manera que al consentimiento del menor se le otorga plena validez para practicar el coito con un adulto, y no para contemplar una película pornográfica, por ejemplo¹⁵. Y de inmediato surge la pregunta: ¿es porque se persigue proteger al menor de las consecuencias negativas que para él puede tener la contemplación de determinadas imágenes, en movimiento o no, o son razones moralizantes las que subyacen a la imposición de esta limitación? Pregunta que antes de ser respondida sugiere esta otra: ¿tan nociva es para la formación y el bienestar del menor ver una película pornográfica¹⁶?

Si pensamos en un/a adolescente de catorce, quince, dieciséis o diecisiete años, que se masturba regularmente y/o mantiene relaciones sexuales con otro adolescente, y nos interrogamos por el daño que puede ocasionarle la contemplación de un vídeo en el que alguien se masturba o una pareja copula, probablemente habremos de concluir, con un poco de sentido común, que muy poco, salvo estético y de rechazo, sí las imágenes y/o los ejecutantes resultan desagradables¹⁷.

La cuestión no es banal y entronca con otra más amplia: la relativa a la moral como límite de la libertad de expresión, de la que se ocupó, con escasa fortuna, la STC 62/1982, para concluir, sobre la base de los artículos 20.4 y 10.2 CE, que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los tribunales de justicia como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas; y señalar como tope de su puesta en práctica, la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática.

No voy a comentar esta sentencia del Tribunal Constitucional¹⁸, pero sí la recojo como muestra de una forma de pensar y argumentar bastante extendida y sumamente conservadora, afortunada y felizmente contradicha en otra STC, la 48/2003, pues si en ella se rechaza que la CE contenga un modelo de “democracia militante”, con más motivo ha de entenderse rechazado un modelo de “moralidad militante”. Es verdad que, en relación con la juventud y la infancia, el artículo 20.4 CE declara su protección como un límite a la libertad de expresión. Pero de esa protección no se deduce que haya

¹⁴ Puede constituir un delito de corrupción de menores, siempre que perjudique la evolución o el desarrollo de su personalidad de éstos (art. 189.4 CP).

¹⁵ Vid., en el mismo sentido, F. Morales Prats, Comentarios al Nuevo Código Penal, dir. por G. Quintero Olivares, Thomson Aranzadi, 2004, págs. 966 y ss. No es necesario advertir que de este absurdo no es responsable ninguna de las reformas mencionadas, pues proviene de la primera redacción del CP de 1995.

¹⁶ Sobre el concepto de pornografía, vid. en *ReCrim* el artículo de Orts Berenguer y Roig Torres, “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal”; también en el Libro Homenaje al prof. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005; y también “Las últimas reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *CPC* 2005.

¹⁷ Naturalmente, habría que matizar en relación con algunas clases de material pornográfico.

¹⁸ Entre otras cosas porque ya lo ha hecho y muy bien Vives Antón, en Los delitos de escándalo público, en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 309 y ss.

de restringirse la libertad de expresión por razones morales, en punto a los productos que pueden ponerse al alcance de menores de edad; una cosa es que el constituyente haya erigido un muro protector de la juventud y la infancia, y otra, que haya de asentarse sobre cimientos de índole moral; pues las reprobaciones punitivas y sus correlativas prohibiciones implícitas en los preceptos penales, solamente pueden fundarse, de acuerdo con el principio de prohibición de exceso, en la lesividad que las conductas tipificadas comportan para un bien jurídico digno de la tutela penal¹⁹. Y en este sentido hay que atender a la dañosidad que, para el bienestar del menor, para sus procesos de formación y socialización, puede entrañar la contemplación de un determinado material pornográfico.

Con todo, como ya he dicho, esa dañosidad es, cuanto menos, dudosa en numerosos casos. Es más, salvo supuestos caracterizados por la brutalidad, el temor, la prolongación en el tiempo, etc., o, tratándose de pornografía, los productos que reflejan acciones sexuales que se apartan mucho de los estándares más comunes y aceptados, etc., es posible que se exagere la entidad y la cantidad de las secuelas que una experiencia sexual deja en los menores, y sean sobre todo motivos moralizantes los que prevalecen y provocan el rechazo y la represión de acciones sexuales vividas con ellos, y los que pueden conducir a los absurdos resaltados. De hecho, cuando se reflexiona sobre la huella que dejan en las personas determinadas experiencias y vivencias infantiles, y se echa la vista atrás y se recuerdan por las que uno ha pasado y le ha tocado vivir o han vivido personas próximas, no se puede por menos que pensar no ya en lo poco que han calado en tantas personas, sino en el nulo husmo que han dejado las enseñanzas y exhortaciones que se impartían de forma machacona en los años cuarenta, cincuenta y sesenta del pasado siglo, por parte de las autoridades civiles, militares y eclesiásticas, maestros, profesores en general, medios de comunicación, las propias familias, “el medio ambiente”, etc. De haber tenido éxito, de haber sido eficaces aquellas enseñanzas, y bien sabe Dios que quienes las impartían lo pretendían a toda costa, todos, los más que adultos en la actualidad y mocitos en aquella época, seríamos fascistas, creyentes fervorosos, etc., etc.²⁰.

Y puestos a inquietarnos por las secuelas que, determinados acontecimientos vividos en la infancia, dejan en las personas, ¿por qué no hacerlo pensando en cómo pueden ser de adultos los niños actuales que hieren y matan, con entusiasmo y saña, a cuanto enemigo virtual les sale al paso en sus vídeo-consolas?

b) Otro tanto cabe decir de la incriminación de quien se lucra explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma, pues, salvo que se interprete muy restrictivamente, el artículo 188.1, inciso final²¹, tiene un notorio cariz moralizante que, igualmente, puede desembocar en el absurdo, porque absurdo es, por ejemplo, el castigo del marido sin empleo y sin percepción económica alguna, que

¹⁹ Vid. Las SSTC 62/1982, 55/1996, 161/1997, etc. Y vid. también, Cuerda Arnau, Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal, en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Instituto de Criminología, Universidad de Valencia, 1997, vol. I. págs. 447 y ss.

²⁰ Aquí podría referirme a las experiencias que vivieron o conocieron muchos niños, de entre los más afortunados de mi generación, que pudieron cursar el bachillerato, y lo hicieron en régimen de internado en colegios de órdenes religiosas.

²¹ En los términos propuestos por Orts Berenguer/Roig Torres, en Las últimas reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, cit., por ejemplo.

sobrevive gracias al dinero que obtiene su esposa ejerciendo la prostitución voluntariamente y que voluntariamente comparte con él. Sólo una preocupación moralizante, cuyo fondo estriba en la convicción de que el comercio sexual es malo, indigno y degradante para quien lo practica, aun cuando lo practique de forma libre, explica la incorporación del referido precepto al CP²², que, de nuevo, si se hace de él una lectura laxa, puede dar pie al castigo de hechos en los que el contenido lesivo brilla por su ausencia, en flagrante contradicción, por tanto, con las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad.

c) La criminalización de la posesión de material pornográfico, elaborado con menores o incapaces, para el propio consumo, responde a un patrón similar: el castigo de una conducta que se reputa inmoral y que sólo lejanamente puede comportar el ataque a un bien jurídico, merecedor de la tutela penal (el riesgo que la demanda genérica de material pornográfico de aquella clase representa para menores e incapaces, en tanto que si no hubiera demanda no habría oferta)²³. Criminalización, por otra parte, bastante fácil de sortear, evitando la tipicidad, porque como lo que se castiga es la posesión, y parece que el repetido material se localiza preferentemente en la red, si el consumidor tiene la elemental precaución de no guardar en su equipo las imágenes a las que accede en determinado sitio y de cuya contemplación disfruta en la pantalla de su ordenador, no puede decirse que las posea ni, en consecuencia, que incurra en el tipo del artículo 189.2.

d) Ahora bien, si los delitos escuetamente comentados pueden encerrar alguna suerte de riesgo para un bien jurídico, sobre la base de una interpretación alambicada de los respectivos preceptos que los contienen, la pretendida tipificación de la elaboración de pornografía virtual, protagonizada por menores creados con técnicas electrónicas, no afecta ni de lejos a ninguno, por más que la Unión Europea reclame su persecución penal. Porque ¿qué bien jurídico se puede lesionar al diseñar a menores imaginarios realizando actividades sexuales? ¿Qué menores sufren algún daño? Únicamente razones de signo moralizante, aceptadas seguramente por sectores más o menos amplios de la población –según las cuales, elaborar, difundir, contemplar ese tipo de imágenes es inmoral–, enmascaradas quizá tras el “argumento” de que del consumo de esta clase de pornografía virtual se puede pasar a consumir otra en la que participen menores reales, subyacen a la pretensión expresa de la decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de la

²² Cuando se parte de esta idea, esquematizada aquí a grandes trazos, es fácil rechazar alguna suerte de regulación del ejercicio de la prostitución, y se puede acabar postulando la incriminación del cliente que demanda dichos servicios. *Vid.* los trabajos de Cugat Mauri, Jareño Leal, Maqueda Abreu, Mestre i Mestre y Tomás-Valiente Lanuza, en *Prostitución y derecho en el cine*, coord. por Orts Berenguer, Tirant lo Blanch, 2003. Por una vez, se produce una curiosa coincidencia en algunas conclusiones de posiciones feminista y progresistas con posiciones tan conservadoras como las de los autores del decreto-ley de 3 de marzo de 1956, en cuyos artículos 1º y 2º se decía: “Velando por la dignidad de la mujer y en interés de la moral social, se declara tráfico ilícito la prostitución”; y “Quedan prohibidas en todo el territorio nacional las mancebías y casas de tolerancia, cualesquiera que fuese su denominación y los fines aparentemente lícitos a que declaren dedicarse para encubrir su vergonzoso objeto”.

²³ Otra cosa habría de decirse ante una demanda específica, de un cliente que solicita a un proveedor que le proporcione una película, por ejemplo, en la que intervengan menores determinados o no.

Unión Europea²⁴. Cuando, con extrema facilidad, podría retorcerse el razonamiento diciendo que si no se dispone de pornografía virtual se recurrirá a la real, y que es preferible, desde el punto de vista de la tutela de los menores y los incapaces, que el entusiasta de estas producciones adquiera o consiga material virtual que no el elaborado con niños de verdad, a los que sí puede provocárseles un impacto negativo en sus procesos formativos.

En verdad, resulta constitucionalmente inaceptable y político criminalmente estúpido crear un tipo penal para la represión de la elaboración o difusión (acaso también de la tenencia para el autoconsumo) de obras pornográficas, producidas con menores con la apariencia de menores auténticos. Si no hay un menor involucrado, no hay sujeto pasivo ni bien jurídico en situación de peligro. Y, por consiguiente, la punición de semejantes conductas choca de manera frontal con el principio de prohibición de exceso, que, mal que bien, estaba reconocido en el texto de la fallida Constitución europea.

En el art. 189.7 del CP se contiene un precepto de pésima hechura, que mal interpretado pueda originar una contravención del reiterado principio de proporcionalidad, y bien interpretado, es decir, restrictivamente entendido, puede suponer una hiperprotección de la intimidad de los menores y de su derecho a la propia imagen (derechos de los que ya se ocupa la ley orgánica 1/1996).

Presumiblemente, la influencia desafortunada del proyecto o del borrador de la decisión marco más arriba indicada, ha propiciado la agregación de precepto al CP. Mejor hubiera sido no atender tamañas exigencias, por muy de la Unión Europea que fueran, y por más que se haya procurado salvar la cara con una redacción, creo, intencionadamente oscura.

e) Todavía podría citarse, como otra clara muestra de la intromisión de consideraciones moralizantes en el Derecho penal sexual, la interdicción de facilitar material pornográfico a incapaces, que si ya tienen difícil interrelacionarse con otras personas, ni siquiera se les permite el alivio que podría proporcionarles la visión de una película pornográfica.

f) Como podría traerse a colación el delito del artículo 189.4, consistente en hacer participar a un menor o a un incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual, que perjudique la evolución o el desarrollo de la personalidad de los mismos (bajo la recuperada denominación “corrupción de menores”). Con este delito se cierra el círculo de la protección penal del menor, con arreglo a la idea de la indemnidad, ya que parece pensado para abarcar todos aquellos comportamientos en que resulta involucrado un menor, siempre se vea perjudicada la evolución o el desarrollo de su personalidad. Extremos estos de muy difícil comprobación, pero que pueden darse por supuestos por algún juez, siguiendo la estela de la jurisprudencia generada en torno el artículo 452 bis

²⁴ En el que se habla de material pornográfico consistente en imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso *i*) (una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño).

b) del CP de 1973²⁵. De manera que la corrupción se presume o, mejor, se confunda con la iniciación sexual, y ésta sea tenida por inmoral.

3. Reflexión final

Los ejemplos expuestos sirven para poner de relieve la deriva equivocada que se ha seguido desde 1999, en la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, marcada en parte por una, a mi parecer, desmedida preocupación por la protección de los menores en estos pagos y, en parte, por una tendencia a volcar o proyectar, con mayor o menor intensidad, determinadas concepciones morales sobre algunos preceptos penales, y siempre por la tan denunciada creencia en que recurrir al Derecho penal es eficaz para combatir determinados comportamientos, la delincuencia en general, o, al menos, para dar la impresión, ante el electorado, de la denodada lucha que se mantiene contra ella.

²⁵ Como las SSTs de 19 de noviembre de 1986, 14 de diciembre de 1991, 28 de enero de 1997, 21 de marzo de 2000, en las que se estimó que había habido corrupción, toda vez que se había iniciado a un menor en la sexualidad.