

- SÁNCHEZ TOMÁS, José M.: "Los abusos sexuales en el Código penal de 1995: en especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental", en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 61/1997.
- SIMON, GLENN E.: "Barreras constitucionales para prevenir el acceso a la pornografía en Internet por menores (Reno versus Aclu)", en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Núm. 3/1998, págs. 1.015 a 1.048.
- USTARAN, Eduardo: "Pornografía en Internet: la respuesta legal", *Revista Jurídica La Ley*, 13 de marzo de 1997.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, aprobado en sesión plenaria de 17 de septiembre de 1997.

EL RECIENTE DESARROLLO DE LOS DELITOS
SEXUALES EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN

EL RECIENTE DESARROLLO DE LOS DELITOS SEXUALES EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MODERNIZACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE VIOLACIÓN, COACCIÓN SEXUAL Y ABUSO SEXUAL. 1. Violación y coacción sexual. A) Exposición de las modificaciones. B) Comentario. a) Abolición de un tipo penal independiente de "violación". b) Contemplación de la violencia sexual en el matrimonio. c) Introducción de una nueva variante de coacción: aprovechamiento de una situación desprotegida. C) Comparación con el Derecho español. 2. Abuso sexual. A) Abuso sexual de menores. B) Otros casos de abuso sexual. C) Valoración. III. ARMONIZACIÓN DE LOS MARCOS PENALES. 1. Coacción sexual y violación. 2. Abuso sexual de menores. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal sexual alemán sufrió una completa reestructuración con la cuarta ley de reforma del Derecho penal del 23.11.1973 (Boletín Oficial del Estado Alemán I [= BGBl. I], pág. 1.725). El concepto fundamental de la reforma, que condujo a una considerable restricción penal, estribaba en la idea de que la penalidad de una conducta quedaba determinada no ya por su inmoralidad, sino por el hecho de que aquélla pudiera vulnerar los intereses

En lo sucesivo me centraré en la 33.^a ley de modificación del Derecho penal y en la 6.^a ley de reforma del Derecho penal y expondré, en primer lugar, la reforma de los tipos penales de violación, coacción sexual y abuso sexual y, en segundo lugar, la "armonización" de los marcos penales de estos tres delitos, comparándolos con el actual Derecho penal español. Sin embargo, las modificaciones que dieron lugar a la ley de lucha contra los delincuentes sexuales no se refieren —a pesar de su nombre— a los delitos sexuales, sino al derecho de sanciones en el sentido más amplio; su explicación exigiría, por tanto, un análisis del derecho de sanciones propiamente dicho, el cual no me es posible ofrecer en el marco de este trabajo. Por ello he renunciado a una exposición pormenorizada.

II. MODERNIZACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE VIOLACIÓN, COACCIÓN SEXUAL Y ABUSO SEXUAL

1. Violación y coacción sexual

A) Exposición de las modificaciones

Antes de la promulgación de la 33.^a ley de modificación del Derecho penal y de la 6.^a ley de reforma del Derecho penal, los tipos de violación y coacción sexual presentaban el siguiente enunciado:

§ 177 Violación

(1) Quien mediante el empleo de la violencia o bajo amenaza de un peligro actual para la vida o la integridad física coaccione a una mujer a la cohabitación extramatrimonial con el autor o con un tercero será castigado con una pena privativa de libertad no inferior a dos años.

...

§ 178 Coacción sexual

(1) Quien mediante el empleo de la violencia o bajo amenaza de un peligro actual para la vida o la integridad física coaccione a otra persona a tolerar o realizar actos sexuales extramatrimoniales por o frente al autor o terceros será castigado con una pena privativa de libertad de entre uno y diez años.

...

VIOLACIÓN, COACCIÓN SEXUAL-TIPOS

STGB antes de la Reforma	STGB después de la Reforma	CP Español de 1999
<p>VIOLACIÓN § 177:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción y resultado: Coacción de una mujer a la cohabitación extramatrimonial con el autor o con un tercero. • Medios de coacción: Violencia o amenaza de un peligro actual para la vida o integridad física. <p>COACCIÓN SEXUAL § 178:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción y resultado: Coacción de otra persona a tolerar o realizar actos sexuales extramatrimoniales por o frente al autor o terceros. • Medios de coacción: Violencia o amenaza de un peligro actual para la vida o integridad física. <p>COACCIÓN GENERAL § 240:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción y resultado: Coacción de otra persona a una acción, omisión o toleración. • Medios de coacción: Violencia o amenaza con un mal considerable. 	<p>COACCIÓN SEXUAL, VIOLACIÓN § 177:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción y resultado: Coacción de otra persona a tolerar o realizar actos sexuales realizados por o frente al autor o terceros. — Caso agravado: Cohabitación u otros actos especialmente degradantes, especialmente si se realizan por penetración del cuerpo. • Medios de coacción: Violencia, amenaza de un peligro actual para la vida o integridad física o aprovechamiento de una situación en la cual la víctima está expuesto a las acciones del autor sin protección. <p>COACCIÓN GENERAL § 240:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Tipo básico: sin cambio. — Caso agravado: Coacción de otra persona a una acción sexual. 	<p>AGRESIÓN SEXUAL ARTS. 178, 179:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción y resultado: <ul style="list-style-type: none"> — Tipo básico: Atentado contra la libertad sexual de otra persona. — Caso agravado: Acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal. • Medios de coacción: Violencia o intimidación.

Además, tenía vigencia el tipo de coacción general en la siguiente formulación:

§ 240 *Coacción*

(1) Quien de forma ilícita y mediante el empleo de la violencia o bajo amenaza de mal considerable coaccione a otra persona a una acción, omisión o tolerancia será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o pena pecuniaria, en casos especialmente graves con pena privativa de libertad de entre seis meses y cinco años.

...

La violación quedaba así restringida a casos en los que el autor obligaba a una mujer a la cohabitación extramatrimonial, y la coacción sexual a casos en los que el autor obligaba a la víctima a actos sexuales extramatrimoniales. En ambos casos, la coacción debía ejercerse mediante el empleo de la violencia o bajo amenaza de un peligro actual para la vida o la integridad física. Todos los demás casos de coacción con carácter sexual –a saber, todas las formas de violación y de coacción sexual dentro del matrimonio, así como todos los casos en los que sí existía amenaza de un mal considerable, pero no de un peligro actual para la vida o la integridad física– quedaban contemplados, por tanto, únicamente en el tipo de coacción general castigado con penas considerablemente inferiores. Se daban además numerosos casos en los que la víctima, por miedo a la violencia, renunciaba a priori a la resistencia, por lo que los tribunales alemanes negaban tanto la coacción sexual o la violación, como la coacción general, puesto que el autor no habría empleado ni la violencia ni la amenaza (compárese el sumario de *Mildenberger* 1998, *Wetzel* 1998).

Eran varios los aspectos de esta situación legal que se consideraban insatisfactorios. En el centro de la crítica se hallaba la exclusión de la violación y de la coacción sexual dentro del matrimonio conforme a los §§ 177, 178 StGB. También se criticaba la restricción de la violación a la cohabitación con mujeres y, finalmente, se consideraba insatisfactorio el hecho de que la jurisprudencia frecuentemente denegara los §§ 177 y 178 en aquellos casos en los que el autor no tuviera que emplear la fuerza, al renunciar la víctima por

miedo a toda resistencia. En consecuencia, el legislador decidió la siguiente versión nueva del § 177 StGB que, en lo esencial, fue introducida por la 33.ª ley de modificación del Derecho penal y ligeramente variada por la 6.ª ley de reforma del Derecho penal:

§ 177 *Coacción sexual; violación*

(1) Quien

1. mediante el empleo de la violencia,
2. bajo amenaza de un peligro actual para la vida o la integridad física o,
3. aprovechándose de una situación en la que la víctima se halle desprotegida y a merced de la intervención del autor, coaccione a otra persona a tolerar o realizar actos sexuales por o frente al autor o un tercero será castigado con una pena privativa de la libertad no inferior a un año.

(2) En casos especialmente graves la pena privativa de libertad no será inferior a dos años. Un caso especialmente grave se presenta, por regla general, cuando

1. el autor cohabita o comete actos sexuales similares con la víctima o hace que dichos actos le sean realizados a él con carácter especialmente degradante para la víctima, en particular, cuando éstos se realizan por penetración del cuerpo (violación), o
2. el acto es realizado conjuntamente por varias personas.

B) *Comentario*

a) *Abolición de un tipo penal independiente de "violación"*

El concepto de "violación" se halla profundamente enraizado en el habla alemana y es ampliamente conocido. Por ello, el delito de violación era percibido siempre por la opinión pública como el delito violento más importante. En cambio, el concepto de "coacción sexual" es en gran medida desconocido en el habla general; posee un carácter jurídico-técnico y sólo los expertos entienden su significado. Si bien la reforma de los §§ 177, 178 no ha eliminado completamente el concepto de violación, sin embargo, ya sólo entiende por tal concepto un ejemplo definido como caso especialmente grave de coacción sexual. Con ello el efecto

público de la condena por un delito sexual de esta índole, especialmente con vistas a una prevención general positiva, se ha visto más bien debilitado que reforzado.

Sobre los motivos de la abolición del antiguo concepto de violación sólo cabe especular. Probablemente, el legislador no tuviera el valor de modificar el antiguo significado, restringido a la cohabitación con una mujer, en un sentido deseable en la actualidad que abarcara cualquier forma de acto sexual degradante, especialmente los que se realizan por penetración del cuerpo (anal, vaginal, bucal). A mi juicio habría sido mucho mejor que el legislador hubiera demostrado más audacia, configurando la violación como tipo penal independiente y formalmente más extenso. El nuevo Código Penal español deja patente en su art. 179 que dicha solución es posible (sobre la crítica de la solución española, véase el apartado c) abajo). No obstante, en términos generales debe celebrarse sin reservas la extensión de esta forma agravada de coacción sexual a casos de actos sexuales distintos de la cohabitación con una mujer.

b) Contemplación de la violencia sexual en el matrimonio

Hacia tiempo que se consideraba anacrónica la restricción del antiguo derecho a los actos sexuales extramatrimoniales. Es cierto que ya en los años setenta, en el debate previo a la 4.^a ley de reforma del Derecho penal, la violencia sexual en el matrimonio era básica e incontestablemente tan punible como la extramatrimonial. Sin embargo, en aquél momento se omitió contemplar la violación en el matrimonio en los §§ 177, 178 StGB, por considerar que dicha tutela penal en buena medida carecería de efectividad en la práctica. Este argumento ciertamente sigue siendo en gran medida válido hoy día, puesto que las mujeres soportan en toda regla mucha violencia sexual antes de decidirse —si es que lo hacen— por denunciar a sus maridos ante la policía o la fiscalía. No obstante, no debe ignorarse que, por ejemplo, la penalidad de los daños corporales no depende de que la víctima sea el propio cónyuge u otra persona. De ahí que en el proceso legislativo no se tardara en con-

sensuar la necesidad de incorporar en los §§ 177, 178 StGB la coacción sexual y la violación entre cónyuges.

Con todo, hubo un encendido debate sobre la formalización concreta que no estuvo lejos de llevar al fracaso el propósito legislativo. Pues muchos diputados parlamentarios temían que, una vez interpuesta la denuncia, fiscalía y tribunal se verían obligados a imponer al acusado una pena elevada aun cuando, en el ínterin, los cónyuges se hubieran reconciliado y no estuvieran interesados ya en condenar al autor. El procedimiento penal no sólo dejaría de tener utilidad en estos casos, sino que además pondría en peligro el matrimonio recién salvado. En otras palabras: la protección del matrimonio y de la familia que propugna el art. 6 de la Ley fundamental alemana podría verse lesionada, cuando menos en determinados casos, si hubiera que perseguir penalmente y sin excepción cualquier forma de violencia sexual matrimonial. Obviamente, estas objeciones fueron duramente contestadas, especialmente por el sector feminista, obligando en el transcurso del debate a sopesar las diferentes posibilidades susceptibles de resolver la cuestión. Por un lado, se debatió el derecho a presentar querrela por parte de la esposa vulnerada; según lo cual, la acción penal dependería de que la víctima presentase querrela ante la fiscalía o la policía. Se opone a dicha solución, sin embargo, el hecho de que también en aquellos casos en que autor y víctima no se hubieran reconciliado, el autor pudiera aprovecharse de su posición dominante para obligar a la víctima a desistir de la presentación de una querrela. En otras palabras: la pretendida protección, en casos excepcionales, de un matrimonio restablecido a pesar de la violencia podría convertirse para el autor, en todos los demás casos, en una invitación a emplear la violencia también o precisamente ante la amenaza de una denuncia, con el propósito de impedir que la víctima presentase una querrela. Otras personas, como acaso amigos o familiares de la víctima o vecinos, no tendrían en este caso posibilidad alguna de promover la persecución penal del autor.

Por este motivo, finalmente, se desechó la restricción de la acción penal a casos en los que la propia víctima presentase querrela. Como alternativa, se discutió si el tribunal podía omitir la

pena cuando resultase que el autor y la víctima se habían reconciliado en el ínterin, o si se debía conceder a la víctima el derecho de recurso que, si bien no impidiese la instrucción de la causa, sí en cambio la condena del autor. Pero en ambos casos persistiría el riesgo de que el autor siguiera empleando la violencia durante el procedimiento penal para obligar a la víctima, bien a interponer recurso contra el mismo, bien a declarar ante el tribunal la reconciliación con el autor. Por este motivo, el legislador consiguió finalmente imponer su criterio desestimando toda regulación a este respecto y consiguiendo que los actos de violencia sexual en el matrimonio deban perseguirse de forma análoga a los actos de violencia sexual extramatrimonial.

Esta decisión del legislador es, al menos desde mi punto de vista, perfectamente comprensible. El tiempo dirá empero si resulta efectiva en la práctica. De todos modos es probable que los procedimientos penales por coacción sexual o violación en el matrimonio sean poco frecuentes. Si la víctima se hubiera reconciliado en el ínterin con el autor, puede hacer uso de su derecho a no testificar, mejorando así sustancialmente la situación probatoria del autor. Cabe dudar que en estos casos los tribunales vayan a mostrar cierta tendencia a imponer al autor, no obstante, una pena privativa de libertad de algunos años. Por ello, en la práctica se impondrá a mi juicio una especie de "solución conciliatoria" al margen de la ley. No estoy seguro de si, a la vista de estas perspectivas reales, no hubiese sido mejor, a pesar de las serias dudas, contemplar una solución conciliatoria "oficial". Ésta, al fin y al cabo, podría controlarse mejor y estaría además legitimada con arreglo al Estado de derecho, mientras que la presente legalidad justifica el temor a un tratamiento práctico descontrolado, desigual y contradictorio con el deseo declarado del legislador.

*c) Introducción de una nueva variante de coacción:
aprovechamiento de una situación desprotegida*

Como ya se ha mencionado, en la jurisprudencia del tribunal federal alemán se encuentran numerosos casos, en los que se desestimó

un delito sexual por haber renunciado la víctima, desde el principio y por miedo, a toda resistencia. El autor no necesita emplear la violencia en estos casos y es frecuente que su conducta, en opinión de la jurisprudencia, no pueda valorarse concluyentemente como amenaza con peligro actual para la vida o la integridad física. Concretamente esta última conclusión es cuando menos cuestionable, habida cuenta que la víctima renuncia a resistirse por miedo al empleo de la violencia. En cualquier caso, el legislador no quería dejar el asunto en un mero llamamiento a la jurisprudencia para que reconsiderase su postura en estos casos, antes bien, creó una nueva variante penal de coacción sexual y violación en la que bastaba con que el autor, "aprovechándose de una situación en la que la víctima se halle desprotegida y a merced de la intervención del autor... coaccione" a la víctima a realizar actos sexuales.

La interpretación de esta nueva variante penal plantea grandes dificultades en la práctica y en la investigación. En particular, el legislador parece estar confuso en cuanto a la distinción entre coacción y abuso. Mientras "coaccionar" significa vencer por la fuerza la voluntad contraria de la víctima, el "abuso" se refiere a casos en los que, precisamente, no es necesario ejercer la fuerza, sino que el autor pasa por alto la voluntad contraria de la víctima con la mera indiferencia o el engaño, o a casos en los que la víctima acaso esté incluso de acuerdo con los actos sexuales.

El mero aprovechamiento de una situación desprotegida no puede, por ende, interpretarse como "coacción sexual". De ahí que el legislador mismo haya formulado el tipo penal de forma tal que el autor tenga que "coaccionar" a la víctima al aprovecharse de una situación en la que ésta se halle desprotegida. Queda por esclarecer, sin embargo, si una "coacción" en dichos casos es posible también sin que el autor emplee la violencia o amenace con un peligro actual para la vida o la integridad física. Al menos hasta la fecha la jurisprudencia desconoce tales casos. No obstante, creo que el legislador podría haber conseguido su objetivo con esta modificación. Pues en los casos en los que la víctima renuncia a la resistencia por miedo, ya no será posible desestimar una "coacción" arguyendo que del comportamiento del autor no pueda deducirse concluyentemente una amenaza con un peligro actual para la integridad física. Que el autor amenaza

con la violencia en dichos casos queda, a mi juicio, fuera de toda duda y con esta nueva variante la amenaza ya no necesita alcanzar la intensidad de un concreto peligro actual para la integridad física. Por ello en el fondo de la cuestión –salvo, tal vez, en casos muy excepcionales– siguen siendo necesarios el empleo de la violencia y las amenazas en la coacción sexual y la violación, aunque las exigencias de amenaza no sean ya tan elevadas cuando la víctima se encuentre en una situación concreta de desprotección frente al autor.

C) Comparación con el Derecho español

El art. 178 CP describe las conductas en cuestión como "agresión sexual". Los medios de coacción exigidos son, al igual que en los §§ 177, 178 StGB, la violencia o la amenaza, aunque no se detalla con qué inconveniente o mal concretos ha de amenazar el autor. El objetivo de la coacción se circunscribe con mucha menor claridad que en el Derecho alemán, a saber, como "atentado contra la libertad sexual de otra persona". El propio concepto alemán de "acto sexual" ha demostrado ser en la práctica muy impreciso y genera en determinados casos una incertidumbre considerable. El concepto español de "atentado contra la libertad sexual" es comparativamente mucho más impreciso y sería rechazado con seguridad en Alemania.

En lo referente a la deficiente formulación de los tipos antiguos del Derecho alemán, subsanada en la última reforma, el Derecho español no adolece de tales carencias. La víctima del acto puede ser tanto una mujer como un hombre, a la vez que se contemplan los actos sexuales tanto matrimoniales como extramatrimoniales. En lo tocante a la problemática de la violencia sexual en el seno de una relación de pareja, el Derecho español contempla en su art. 191 CP una normativa por la que la formulación de la acusación queda a la facultad discrecional de la fiscalía que, por lo demás, sólo admite ya una denuncia por parte de la víctima. Tal solución, como ya se ha dicho, fue rechazada en el debate alemán por temor a que el autor presionara a la víctima a aparentar ante la fiscalía una reconciliación. Personalmente profeso gran simpatía por la disposición española, por lo que me interesaría saber cómo ha resultado en la práctica.

Además, el Derecho español contiene en su art. 179 CP una disposición sobre la violación que se corresponde con la disposición sobre la graduación de la pena en el § 177, Capítulo 2, versión nueva, del Código penal alemán, pero que, a diferencia del Derecho alemán, constituye un tipo penal independiente. Este es el motivo por el que, en principio, considero que la regulación española es mejor que la alemana, aunque el tipo penal español resulte, a mi juicio, algo extenso. En concreto el "acceso carnal por introducción de objetos" debe interpretarse restrictivamente, para evitar la inclusión de conductas menos punibles en este tipo penal agravado.

2. Abuso sexual

Mientras que en el Derecho español, conforme al art. 181 CP, se pena todo "atentado contra la libertad sexual" sin consentimiento del vulnerado –y sin que pueda considerarse al mismo tiempo como "agresión sexual" debido al empleo de la violencia o de la amenaza–, en el Derecho alemán no existe ninguna cláusula general comparable que se refiera al abuso sexual. En cambio, el legislador alemán ha enumerado una serie de situaciones sociales concretas susceptibles de requerir una protección especial de la víctima, ya sea por su estado personal o por una relación específica de dependencia. En este sentido cabe distinguir entre el abuso sexual de menores, por un lado, que también se halla específicamente regulado en España, y los demás casos de abuso sexual, por otro, que en España sólo se hallan contemplados en la cláusula general del art. 181 CP.

A) Abuso sexual de menores

La tutela penal del desarrollo sexual normal de los menores presenta en Alemania una formulación mucho más estricta que en España. Así, conforme al § 176 StGB, se pena cualquier contacto sexual con niños menores de catorce años. En cambio, en el Derecho español este límite de edad queda establecido en trece años conforme al art. 181 n.º 2 CP (hasta 1999 incluso en doce años).

ABUSO SEXUAL-TIPOS

STGB Antes de la Reforma	STGB después de la Reforma	CP Español de 1999
<p>§ 174:</p> <ul style="list-style-type: none"> • De menores de 16 años que están encomendados al autor para la educación, formación profesional o atención general. • De menores de 18 años que están encomendados al autor para la educación, formación profesional o atención general abusando la superioridad que le da esta relación al autor. • De los propios hijos menores de 18 años (relaciones sexuales con parientes mayores solo se penaliza en caso de cohabitación § 173). <p>§ 174A: De personas en establecimientos penitenciarios o de pacientes en hospitales.</p> <p>§ 174B: De personas contra los cuales se dirige un procedimiento penal por funcionarios que participan en este procedimiento.</p> <p>§ 176: De menores de 14 años.</p> <p>§ 179: De personas que por enfermedad/trastorno mental o corporal no tienen la capacidad de resistir en caso de actos sexuales extramatrimoniales entre el autor y la víctima.</p>	<p>§§ 174, 174A, 174B, 176: Sin cambio. § 174c:</p> <ul style="list-style-type: none"> • De personas que están encomendadas al autor para consejo, tratamiento o tutela por enfermedad física o psíquica incluso impedimento o manía. • De personas que están encomendadas al autor para una psicoterapia. <p>§ 179: De personas que por enfermedad física o psíquica incluso impedimento o manía no tienen la capacidad de resistir en caso de actos sexuales entre el autor y la víctima o entre la víctima y terceros.</p>	<p>CLÁUSULA GENERAL ART. 181:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Atentado contra la libertad sexual sin consentimiento no utilizando violencia o intimidación. • El Consentimiento es inválido — en caso de menores de 13 años y personas privados de sentido o en trastorno mental, — si está obtenido por prevalecerse de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. <p>ART. 183: De personas entre 13 y 16 años inter-veniendo engaño.</p>

El contacto sexual con adolescentes de edad comprendida entre los catorce y dieciséis años ya no se prohíbe en Alemania en términos generales, sino únicamente en determinados casos, a saber, conforme al § 174 apartado 1 n.º 1 StGB con adolescentes cuya educación, formación o asistencia en la conducta de la vida hayan sido encomendados al autor o bien con los propios hijos. Esto significa que, en particular, los maestros, educadores, monitores de grupos juveniles, asociaciones deportivas, etc. tienen prohibido todo contacto sexual. En el caso de jóvenes con edades comprendidas entre dieciséis y dieciocho años existe asimismo todavía cierta tutela penal, aunque de intensidad considerablemente menor: conforme al § 174 apartado 1 n.ºs 2 y 3 StGB se pena el contacto sexual cuando se trata del hijo/hija del autor o cuando el joven haya sido encomendado al autor para su educación, formación o asistencia en la conducta de la vida o se encuentre en situación de subordinación en el marco de una relación de servicio o de trabajo y el autor abuse de dicha relación de dependencia. En el Derecho español, en cambio, se pena conforme al art. 183 CP el contacto sexual con menores de edades comprendidas entre los trece y dieciséis años cuando el autor utiliza el engaño frente a la víctima o cuando, conforme al art. 181 n.º 3 CP, el autor se prevalezca de una "situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima".

Al comparar sendas disposiciones en los Derechos alemán y español, lo primero que llama la atención es la fijación del Derecho español en la libertad sexual del individuo. A partir de la edad de trece años se le concede al menor la correspondiente libertad de elección, de manera que únicamente incurre en pena quien induce a un menor a consentir en contactos sexuales por medio del engaño o prevaleciéndose de una relación de dependencia. En el Derecho alemán, en cambio, se prohíbe todo contacto sexual en el marco de determinadas relaciones docentes, educativas o asistenciales, de manera que no se trata tanto —o tal vez incluso menos— de la libertad sexual de los menores como de la protección abstracta de la integridad de las relaciones educativas, formativas o asistenciales, respectivamente, que se pretenden mantener en general libres de toda relación sexual. Por otro lado cabe esperar, sin embargo, que la regulación española lleve en la práctica a considerables dificultades probatorias, puesto

que en cada caso deberá probarse, de forma convincente para el tribunal, que el autor ha inducido a la víctima a consentir en el contacto sexual por medio del engaño o prevaleciéndose de su posición de superioridad. Por tanto, resulta bastante dudoso, al menos teniendo en cuenta la práctica jurídico-procesal penal alemana, que en Alemania pueda alcanzarse una condena conforme a los requisitos del art. 181 n.º 3 o art. 183 n.º 1 CP.

Ahora bien, la disposición alemana conlleva también la extinción de una tutela penal específica para jóvenes mayores de catorce años, más allá de las relaciones de dependencia concretas citadas por el legislador, quedando libres de pena también los contactos sexuales obtenidos mediante el engaño o el aprovechamiento de una relación de dependencia derivada de la diferencia de edad. No obstante, de la práctica jurídico-penal alemana cabe destacar que la inmensa mayoría de los abusos sexuales de menores son actos cometidos por el padre, padrastro o compañero de la madre frente a los propios hijos, hijastros o hijos de la compañera. Las grandes lagunas teóricas del Derecho alemán tendrían, en consecuencia, muy poca repercusión en la práctica.

B) Otros casos de abuso sexual

Al margen de la tutela de menores, el abuso sexual se pena en el Derecho alemán en los siguientes casos: abuso sexual de presos en instituciones penitenciarias cometido por el personal supervisor o asistencial (§ 174 a apartado 1 StGB); de personas acogidas de manera estacionaria en un centro para enfermos o para personas necesitadas cometido por el personal asistencial (§ 174 a apartado 2 StGB); abuso sexual de personas que a través de un proceso penal caen en dependencia del autor-funcionario que interviene en el mismo (§ 174 b StGB); así como abuso sexual de personas que a causa de una enfermedad o discapacidad psíquicas o a causa de una enfermedad o discapacidad físicas carecen de capacidad de resistencia, cometido por cualquiera (§ 179 StGB). El caso citado en último lugar de abuso sexual de personas incapacitadas para la resistencia estaba restringido hasta 1997 –al igual que la violación y la coacción sexual– a actos sexuales extramatrimoniales. La 33.^a

ley de modificación del Derecho penal lo extendió también a los casos de abuso en el matrimonio.

Además, la 6.^a ley de reforma del Derecho penal introdujo a través de su § 174 c StGB una nueva disposición que pena el abuso sexual de los enfermos o discapacitados psíquicos también cuando éstos, como se presupone en el § 179 StGB, carecen por completo de la capacidad de resistencia o cuando éstos, como se presupone en el § 174 a apartado 2 StGB, no hayan sido acogidos de forma estacionaria como consecuencia de una enfermedad o discapacidad, sino simplemente se encuentren en una situación ambulante de asesoramiento, tratamiento o asistencia. Esta tipificación es muy problemática, porque según la percepción del legislador el concepto de "relación asistencial" admite una interpretación en sentido muy amplio, de forma que, por ejemplo, un taxista que transporta a un discapacitado desde su domicilio al centro para discapacitados tendría también una función "asistencial". En la práctica esto podría significar que cualquier no-discapacitado que tuviera un contacto incluso superficial con un discapacitado psíquico, entraría en el ámbito de aplicación de esta nueva disposición, de tal forma que todo contacto sexual entre discapacitados psíquicos y no-discapacitados estaría prohibido. Dudo mucho que ésta fuera realmente la pretensión del legislador.

Más aún, según el nuevo § 174 c apartado 2 StGB, se pena a quien en el marco de un tratamiento psicoterapéutico mantenga contactos sexuales con el paciente. La introducción de este tipo penal fue motivada por algunos casos espectaculares de abuso sexual en el ámbito de la psicoterapia que indujeron al legislador a dar este paso. Sin embargo, como el concepto de tratamiento psicoterapéutico tiene en la percepción alemana un sentido muy amplio y no se limita a los médicos o psicólogos enmarcados en un tratamiento terapéutico reconocido por una asociación profesional, en la práctica se suscitan muchas dudas sobre el contexto vital concreto al que se refiere este tipo penal. Por ejemplo, cabe preguntarse si las conversaciones pastorales entre un clérigo y un miembro de la parroquia que busca consejo espiritual no podrían considerarse también como tratamiento psicoterapéutico en el sentido del § 174 c apartado 2 StGB.

C) Valoración

Globalmente, la regulación alemana del abuso sexual se presenta muy complicada, incompleta, a la vez que en muchos casos demasiado amplia; también adolece en muchos aspectos de suscitar considerables dudas jurídicas. A diferencia del Derecho español, el aspecto prioritario no es la libertad sexual, antes bien, el legislador intenta principalmente mantener libres de todo contacto sexual determinadas relaciones sociales y circunstancias vitales.

En cambio, la regulación española del art. 181 n.º 1 CP abarca de forma inmediata las agresiones contra la libertad e indemnidad sexuales, resultando a primera vista mucho más clara, más sencilla y también más pertinente. Sin embargo, adolece por otro lado de un considerable grado de incertidumbre y de dificultad probatoria inherentes a la formulación abstracta e indefinida de la ley. El concepto de "atentado contra la libertad o indemnidad sexual" es, a mi juicio, muy difícil de concretar y presumo que en la práctica será frecuentemente difícil probar que en determinado caso no hubiera un consentimiento de hecho por parte de la víctima. En consecuencia, no me sería difícil imaginar que en la interpretación de este tipo penal fueran formándose grupos de casos que coincidan con los típicos de abuso contemplados por el legislador alemán. Luego, se haría necesario un análisis profundo de casos concretos para poder determinar si en este sentido el Derecho español es realmente mejor y más eficaz. Hasta la fecha, sin embargo, no se dispone de tales estudios comparativos.

III. ARMONIZACIÓN DE LOS MARCOS PENALES

1. Coacción sexual y violación

Antes de las reformas de 1977 y 1978, el sistema de los marcos penales en Alemania era relativamente sencillo. La coacción sexual se castigaba con penas privativas de libertad de entre uno y diez años, en caso menos graves con penas privativas de libertad de entre tres meses y cinco años, y la violación se castigaba con penas privativas de libertad de entre dos y quince años, en caso menos graves con penas privativas de libertad de entre seis meses y cinco años.

VIOLACIÓN, COACCIÓN SEXUAL-MARCOS PENALES

STGB antes de la Reforma	STGB después de la Reforma	CP Español de 1999
<p>VIOLACIÓN Y COACCIÓN SEXUAL:</p> <p><i>Tipos básicos</i> Coacción sexual § 178: 1-10 años Violación § 177: 2-15 años</p> <p><i>Agravante:</i> §§ 177 III, 178 III: 5-15 años Causación temeraria de la muerte de la víctima.</p> <p><i>Coacción general</i> § 240: multa / 0-3 años</p>	<p>COACCIÓN SEXUAL, VIOLACIÓN</p> <p><i>Tipo básico § 177 I:</i> 1-15 años</p> <p><i>Agravantes:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • § 177 II. Casos de especial gravedad: 2-15 años <p>Ejemplos de regla:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Cohabitación u otras prácticas degradantes — pluralidad de autores • § 177 III: 3-15 años — llevar armas o instrumentos peligrosos — llevar instrumentos no peligrosos con intención de usarlos para la coacción — peligro de una lesión grave • § 177 IV: 5-15 años — uso de armas o instrumentos peligrosos — causación de lesión grave — peligro de la muerte • § 178: Causación temeraria de la muerte de la víctima: 10 a. -pris. perp. 	<p>AGRESIÓN SEXUAL</p> <p><i>Tipo básico art. 178:</i> 1-4 años</p> <p><i>Agravantes</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 179: 6-12 años <p>acceso carnal o introducción de objetos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 180 <p>caso de art. 178: 4-10 años caso de art. 179: 12-15 años</p> <ul style="list-style-type: none"> — violencia o intimidación con carácter degradante — actuando en grupo — víctima especialmente vulnerable — parentesco — uso de medios especialmente peligrosos

Cuando el autor provocaba temerariamente la muerte de la víctima, se imponían en ambos casos penas privativas de libertad de entre cinco y quince años. La simple coacción, no contemplada en los dos tipos anteriores, (p. ej. la violencia sexual frente al cónyuge) se castigaba con penas pecuniarias o privativas de libertad de hasta tres años (compárese §§ 177, 178, 140 StGB versión antigua).

Las reformas de los últimos años, en cambio, han aportado una notable agravación de las penas, tanto para las figuras básicas como por medio de la creación de nuevas circunstancias agravantes. La figura básica de la coacción sexual se castiga ahora, conforme al § 177 apartado 1 StGB, con penas privativas de libertad de entre uno y quince años, en casos menos graves con penas privativas de libertad de entre seis meses y cinco años (§ 177 apartado 5 StGB). Una circunstancia agravante de la pena se contempla también en el § 177 apartado 2 en casos especialmente graves, a saber, cuando el tribunal, una vez sopesadas todas las circunstancias, concluye que el caso en cuestión se desvía en tal medida del promedio como para justificar la aplicación de un marco penal superior. En estos casos la pena mínima se eleva a una privación de libertad no inferior a dos años. El legislador, sin embargo, no deja la decisión de que se trate de un caso especialmente grave a la facultad discrecional del tribunal, antes bien, crea dos ejemplos llamados "de referencia" que permiten presumir la presencia de un caso especialmente grave. Esto significa que cuando se cumplen los requisitos de un ejemplo de referencia, el tribunal tendrá que aplicar el marco penal superior que corresponda a un caso especialmente grave, a no ser que, por otro lado, existan atenuantes concretos susceptibles de mitigar el contenido desvalorativo general del acto en tal medida que, en su conjunto, lo reduzca nuevamente a un caso de gravedad normal.

Uno de los mencionados ejemplos de referencia se refiere a la forma modificada de "violación", a saber, cuando el autor cohabita con la víctima o la obliga a actos sexuales similares y especialmente degradantes para la misma, en particular, cuando éstos se realizan por penetración del cuerpo. El segundo ejemplo de referencia lo constituye la comisión del acto conjuntamente por varios autores.

En los casos de violación, por tanto, no parece haberse producido ningún cambio con respecto al derecho anterior, puesto que la

violación ya se castigaba, conforme al § 177 StGB versión antigua, con penas privativas de libertad de entre dos y quince años. No obstante, se aprecia una diferencia importante: según el antiguo derecho, en los casos menos graves podía imponerse una pena privativa de libertad de entre seis meses y cinco años (§ 177 apartado 2 StGB versión antigua), mientras que en el derecho nuevo el peso de las circunstancias atenuantes que permiten una percepción general menos grave del caso se extingue cuando, a pesar de apreciarse un ejemplo de referencia, no quepa la presunción de un caso especialmente grave. Por ello, las circunstancias atenuantes en los casos de violación sólo conducen hoy día ya al marco penal normal conforme al § 177 apartado 1 StGB, en el que se establece una pena privativa de libertad de entre uno y quince años, y en casos muy excepcionales a una reducción ulterior del marco penal, a un caso menos grave conforme al § 177 apartado 5 StGB nueva versión con penas privativas de libertad de entre seis meses y cinco años.

Más allá de estas reglas de medición de la pena para casos especialmente graves y menos graves, el legislador ha creado ulteriores formas agravadas de coacción sexual y violación, las cuales tienen el carácter de tipos independientes. En consecuencia, debe castigarse con penas privativas de libertad de entre tres y quince años a quien comete coacción sexual o violación en posesión de un arma o de otra herramienta peligrosa o de cualquier herramienta o medio con el objeto de impedir o vencer la resistencia de otra persona mediante la violencia o la amenaza con violencia, o a quien durante el acto exponga a la víctima a un grave peligro para la salud (§ 177 apartado 3 StGB). Otro agravante penal se halla contemplado en el § 177 apartado 4 StGB, el cual exige la imposición de una pena privativa de libertad de entre cinco y quince años cuando en el acto el autor utiliza un arma u otra herramienta peligrosa o inflige a la víctima un grave ultraje corporal o la expone a un peligro de muerte. Cuando, finalmente, el autor produce temerariamente la muerte de la víctima, el castigo será, conforme al nuevo § 178 StGB, de pena privativa de libertad de entre diez y quince años o cadena perpetua.

Las circunstancias agravantes de la coacción sexual y la violación se resumen diciendo que la posesión o utilización de armas,

herramientas peligrosas o cualesquiera otros medios (p. ej. una cuerda para atar a la víctima), así como la causación de graves secuelas para la vida e integridad física de la víctima conducen a una agravación sustancial de la pena. Este punto de vista del legislador coincide con la experiencia criminológica, según la cual en los mencionados casos la componente violenta juega un papel primordial y el autor no busca tanto la satisfacción sexual como la vejación y dominación violenta de la víctima. No obstante, de esta ley cabe criticar que, cuando menos en algunos casos, la pena es ciertamente demasiado alta y además recibe escasísima atención la componente sexual de estos tipos, que únicamente se han podido contemplar por vía de la regla de medición de la pena para casos especialmente graves (§ 177 apartado 2 StGB). En particular, no se entiende por qué una violación especialmente prolongada o especialmente vejatoria, cometida sin la ayuda de armas u otros medios, deba tener un peso menor que la coacción sexual simple portando un medio no peligroso (p. ej. una cuerda para atar a la víctima), sin que el autor haga uso efectivo de dicho medio (compárese § 177 apartado 2 StGB, por un lado, y § 177 apartado 3 n.º 1 StGB, por otro).

Pero hay que decir que el Derecho español prevé penas incluso superiores. Si bien es cierto que la figura básica de "agresión sexual" está castigada con una pena privativa de libertad de entre sólo uno y cuatro años, no es menos cierto que en casos de "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos" se impone una pena privativa de libertad de entre seis y doce años (Derecho alemán: hasta quince años). Aunque en este sentido cabe tener en cuenta que la graduación de la pena efectuada por los tribunales alemanes suele situarse en el tercio inferior del marco penal: en Alemania, en los casos susceptibles de ser castigados con penas privativas de libertad de entre dos y quince años, el 80 % de todas las penas realmente impuestas se sitúan en un margen de entre dos y seis años, es decir, claramente por debajo de la pena mínima contemplada en el art. 179 CP.

Además, el art. 180 CP prevé circunstancias adicionales agravantes de la pena, que en los casos recogidos en el art. 178 CP pueden alcanzar penas privativas de libertad de entre cuatro y diez

años y en los casos contemplados en el art. 179 CP penas privativas de libertad de entre doce y quince años. Las circunstancias agravantes coinciden básicamente con el Derecho alemán y conciernen, por un lado, el empleo de la violencia o amenaza especialmente degradantes, por otro, la comisión del acto por varias personas; además, los casos en los que la víctima es especialmente vulnerable, la comisión del acto con parientes así como, finalmente, la utilización de medios especialmente peligrosos. Mas, por mucho que cada una de las circunstancias referidas aumenten el contenido desvalorativo del acto en sí mismo, no puede evitarse la observación crítica, desde el punto de vista alemán, de que el Derecho español, en términos generales, concede a los tribunales escasa flexibilidad y, en consecuencia, obliga a imponer penas privativas de libertad muy elevadas, aun en casos en los que no se aprecia una correspondiente conducta grave. Por ejemplo, conforme al art. 179 CP debe imponerse una pena privativa de libertad de entre doce y quince años cuando dos autores obligan a la víctima a introducirse en la boca un objeto de semejanza fálica. El Derecho español debería por tanto prever al menos la posibilidad de practicar una reducción sensible de la pena en casos de menor gravedad. Considero dudoso que a tal efecto sea suficiente el art. 66 CP en combinación con el art. 21 CP.

2. Abuso sexual de menores

También en este caso la situación jurídica previa a las reformas era relativamente sencilla y abarcable: la figura básica del abuso sexual de menores conforme al § 176 apartado 1 StGB versión antigua preveía una pena privativa de libertad de entre seis meses y diez años; y una pena superior de entre uno y diez años sólo debía imponerse, conforme al § 176 apartado 3 StGB versión antigua, en casos especialmente graves, cuando se consumaba la cohabitación o cuando el menor era sometido por el autor a graves ultrajes corporales durante el acto. Cuando el autor provocaba temerariamente la muerte del menor durante el acto, se llegaba a imponer una pena privativa de libertad de entre cinco y quince años.

ABUSO SEXUAL DE MENORES-MARCOS PENALES

<i>STGB antes de la reforma</i>	<i>StGB despues de la reforma</i>	<i>CP español de 1999</i>
<p>ABUSO SEXUAL DE MENORES DE 14 AÑOS</p> <p><i>Tipo básico</i></p> <p>§ 176 I: 6 m.-10 años</p> <p><i>Agravantes</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Ejemplos de regla § 176 III: 1-10 años <ul style="list-style-type: none"> — cohabitación — lesión corporal grave • § 176 IV: 5-15 años <p>Causación temeraria de la muerte de la víctima</p>	<p>ABUSO SEXUAL DE MENORES DE 14 AÑOS</p> <p><i>Tipo básico</i></p> <p>§ 176 I: 6 m.-15 años</p> <p><i>Agravantes:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • § 176a I: 1-15 años <ul style="list-style-type: none"> — cohabitación u otra práctica sexual con penetración corporal por un mayor de 18 años — pluralidad de autores — peligro de grave daño para la salud o el desarrollo mental — reincidencia dentro de 5 años por el mismo delito • § 176a II: 2-15 años <ul style="list-style-type: none"> — intención pornográfica • § 176a IV: 5-15 años <ul style="list-style-type: none"> — lesión grave — peligro de muerte • § 176b: 10 a.-pr. perp. <p>Causación temeraria de la muerte de la víctima</p>	<p>ABUSO SEXUAL DE MENORES DE 13 AÑOS</p> <p><i>Tipo básico</i></p> <p>Art. 181 No. 1 y 26m.-2 años o multa</p> <p><i>Agravantes</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 182 I: 4-10 años <ul style="list-style-type: none"> — acceso carnal, introducción de objetos, penetración • Art. 182 II: 7-10 años <ul style="list-style-type: none"> — parentesco — víctima especialmente vulnerable <p>ABUSO SEXUAL DE MAYORES DE 13 Y MENORES DE 16 AÑOS</p> <p><i>Tipo básico</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 183 I: 1-2 años o multa <p><i>Agravante</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 183 II: 2-6 años <ul style="list-style-type: none"> — acceso carnal o introducción de objetos

Delitos contra la libertad sexual

El reciente desarrollo de los delitos sexuales en el Derecho penal alemán

El nuevo Derecho ha aportado también en estos casos una considerable agravación de las penas. La figura básica prevé ya una pena privativa de libertad de entre seis meses y quince años (§ 176 apartado 1 StGB nueva versión). Los casos agravados han dejado de ser reglas de medición de la pena en casos especialmente graves, para convertirse en tipos penales independientes reglamentados en los §§ 176 a y 176 b StGB. Conforme al § 176 a apartado 1, debe imponerse una pena privativa de libertad de entre uno y quince años cuando el autor cohabita con el menor o fuerza a éste a realizar actos sexuales similares con penetración del cuerpo; cuando el acto es realizado conjuntamente por varias personas; cuando el autor durante el acto pone al menor en situación de grave peligro de daño para la salud o de considerable daño para el desarrollo físico o mental; o cuando el autor en los cinco años precedentes hubiera sido ejecutoriamente condenado por el mismo delito.

Desde un punto de vista jurídico-estatal, es especialmente problemático el último caso, en el que el autor sufre una pena agravada por sus correspondientes antecedentes penales. El Código penal alemán contemplaba hasta 1986 una circunstancia agravante general por reincidencia, que si bien era considerada constitucional por el Tribunal Constitucional Federal, valga la redundancia, lo era sólo bajo la condición restrictiva de haberse garantizado que la condena anterior había constituido para el autor una advertencia especial, por lo que se le podía reprochar una mayor culpabilidad por reincidencia (compárense los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal, volumen 50, pág. 125). La disposición del § 176 a apartado 1 StGB no contempla tal restricción, por lo que, en realidad, es anticonstitucional. Por consiguiente, debe someterse a restricción por vía de una interpretación llamada "de conformidad con la constitución", de forma tal que la pena agravada sólo pueda aplicarse en el caso concreto de que, sobre la base de la condena anterior, quepa reprocharle al autor una mayor culpabilidad. Estas circunstancias no concurren, por ejemplo, cuando el autor, como consecuencia de una culpabilidad disminuida, hubiera carecido de la capacidad de comprender u observar la advertencia especial derivada de la condena anterior.

Otra agravación de la pena se contempla en el § 176 a apartado 2 StGB para los casos en los que el autor actúa con la intención de convertir el acto en objeto de una exhibición pornográfica; en este caso debe imponerse una pena privativa de libertad de entre dos y quince años. Conforme al § 176 a apartado 4 se eleva nuevamente la condena a pena privativa de libertad de entre cinco y quince años cuando, durante el acto, el autor hubiera causado al menor un grave ultraje corporal o peligro de muerte. Cuando el autor durante el acto provoca temerariamente la muerte del menor, debe imponerse conforme al § 176 b StGB una pena privativa de libertad de entre diez y quince años o cadena perpetua.

En general, el juez debe elegir, según el nuevo Derecho alemán, entre cinco marcos penales diferentes, sin perjuicio de la necesidad de considerar también la aplicación de marcos penales inferiores para los casos contemplados en el § 176 a apartados 1 y 2 StGB, conforme al § 176 a apartado 3 StGB. De manera que la situación resulta muy compleja y no cabe esperar que todas las circunstancias agravantes nuevas vayan a encontrar una extensa aplicación en la práctica. Antes bien, es presumible que el legislador, presionado por la opinión pública a consecuencia de unos pocos casos espectaculares, se haya afanado en una sobre-regulación que, si bien ha tenido la virtud de apaciguar la mala conciencia de la opinión pública y de venderse bien en los procesos electorales, en el fondo de la cuestión no ha sido de gran ayuda ni ha generado una mejor tutela penal del abuso sexual de menores. Pues ya el Derecho antiguo otorgaba a los tribunales la posibilidad de imponer penas privativas de libertad de hasta diez años y en casos con consecuencia fatal de hasta quince años. Aun considerándose insuficientes estos techos penales para casos especialmente graves, habría bastado con elevarlos; para ello, sin embargo, no era necesario un sistema tan complejo de niveles diferentes de agravación penal. En particular, cabe pensar que en la práctica los mayores peligros no estriban en los signos de violencia especialmente destacados por el legislador, sino en la continua repetición del abuso sexual durante períodos prolongados. El desvalor delictivo y el contenido de culpabilidad de estos actos en serie, sin embargo, son perfectamente susceptibles de tenerse en cuenta fijando una pena, aunque ésta sea baja, por cada

caso particular, con el fin de obtener mediante la suma de todas las penas particulares una pena global bastante elevada.

Las correspondientes disposiciones del Derecho español me parecen mucho más pertinentes. En particular, considero correcto que la componente violenta en los arts. 181, 182 y 183 CP carezca de relevancia. Pues los casos en los que el autor emplea violencia frente al menor ya se recogen, tanto en el Derecho español como en el alemán, en los tipos penales de coacción sexual y violación, resultando innecesarias las agravaciones de la pena para los tipos de abuso. Como elemento agravante rige, conforme al art. 182 n.º 1 CP, en primer lugar, la cohabitación o actos sexuales análogos sujetos a la misma pena que la cohabitación o actos sexuales análogos realizados con adolescentes y adultos mediante el empleo de la violencia o de la amenaza. Aun cuando globalmente este marco penal me parezca excesivo, especialmente la pena mínima privativa de libertad de cuatro años, no puede negarse que el legislador español ha obrado aquí con coherencia. En cambio, en el Derecho alemán la cohabitación con un menor se pondera menos que la violación de un adulto (compárese § 176 a apartado 1 StGB, por un lado, y § 177 apartado 2 StGB, por otro).

IV. CONCLUSIÓN

Mi exposición de las recientes reformas del Derecho penal sexual en Alemania no puede por menos que ser superficial e incompleta. En general, cabe decir que el Derecho penal sexual alemán estaba indudablemente necesitado de reformas en algunos aspectos y que el legislador, en efecto, ha realizado las modificaciones pertinentes. No obstante, la impresión general de las reformas no es especialmente positiva. En su esfuerzo por mejorar la tutela penal de la libertad e indemnidad sexuales, en particular de las mujeres, los niños y adolescentes, así como de los discapacitados y demás personas necesitadas de protección, el legislador se ha excedido en sus buenas intenciones. De ahí que haya introducido una serie de nuevos tipos penales y circunstancias agravantes que, o bien carecen de todo significado, o bien derivan en penas desproporcionadamente

altas. El tiempo dirá si la jurisprudencia alemana, con una interpretación restrictiva de las nuevas disposiciones, será capaz de compensar sus inconvenientes, de manera que a la postre prevalezcan sus efectos positivos. Aunque la violencia sexual frente a las mujeres y el abuso sexual de menores constituyan indudablemente un problema social de gran calado, el legislador no puede por menos que mostrar prudencia en el ulterior desarrollo del Derecho penal y evitar la incorporación precipitada e irreflexiva de modificaciones que en la práctica originen un considerable grado de incertidumbre y, por ende, también las desigualdades en la aplicación de la ley.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BITTMANN, Folker, MERSCHKY, Marie-Luise: "Primeras experiencias con el § 177 StGB 1997 (coacción sexual; violación)", *Neue Justiz* 1998, págs. 461-464.
- DECKERS, Rüdiger: "Defensa en el procedimiento por abuso sexual de menores", *Neue Juristische Wochenschrift* 1996, págs. 3.105-3.111.
- DEGENER, Theresia: "Asimilación de las víctimas discapacitadas en la persecución penal de actos violentos de carácter sexual", *Streit* 1996, págs. 99-103.
- DESSECKER, Axel: "Modificaciones del Derecho penal sexual", *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1998, págs. 1-6.
- FISCHER, Thomas: "Libertad sexual en situación desprotegida", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112 (2000), págs. 75-105.
- FROMMELT, Monika: "Tímidos intentos por reformar los delitos violentos de carácter sexual", *Kritische Justiz* 1996, págs. 164-181.
- HANACK, Ernst-Walter: "La reforma del Derecho penal sexual en materia de delitos familiares", *Neue Juristische Wochenschrift* 1974, págs. 1-9.
- HELMKEN, Dierk, § 179 StGB: "¿Último tropiezo en la reforma de la violación?" *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1996, págs. 241-244.

- KREKELER, Wilhelm: "Modificaciones del StGB con relevancia para el procedimiento penal en materia de delitos sexuales a partir de la entrada en vigor el 1.4.1998 de la 6.^a ley de reforma del Derecho penal", *Strafverteidiger Forum* 1998, págs. 224-226.
- KRESS, Claus: "La 6.^a ley de reforma del Derecho penal", *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, págs. 633-644.
- KUSCH, Roger: "Terapias para delincuentes sexuales", *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1997, págs. 89-91.
- LENCKNER, Theodor: "La 33.^a ley de modificación del Derecho penal-Fin de una larga historia", *Neue Juristische Wochenschrift* 1997, págs. 2.801-2.803.
- MILDENBERGER, Elke: "Sin protección –sin auxilio– incapaz de oponer resistencia: algunas observaciones sobre la interpretación de la extensión del tipo § 177 StGB nueva versión", *Münster* 1998.
- MILDENBERGER, Elke: "Modificación del 13.º apartado del StGB mediante la 6.^a ley de reforma del Derecho penal: ¿Modificación meditada o afán reformista carente de sistema?" *Streit* 1999, págs. 3-15.
- OTTO, Harro: "El Texto Refundido de los §§ 177-179 StGB", *Jura* 1998, págs. 210-215.
- RENZIKOWSKI, Joachim: "El Derecho penal sexual según la 6.^a ley de reforma del Derecho penal", *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1999, págs. 377-385, 440-442.
- SCHÖCH, Heinz: "La ley de lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos del 26.1.1998", *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, págs. 1.257-1.336.
- SCHÜNEMANN, Bernd: "La inobservancia de la libertad sexual del cónyuge como problema político-criminal", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1996, págs. 307-329.
- STRENG, Franz: "El sistema jurídico-penal: ¿sobrecarga de delitos sexuales? Reflexiones político-criminales sobre la relación entre Derecho penal de hecho y Derecho penal de autor", *libro-homenaje a Günter Benmann*, Baden-Baden 1997, págs. 443-464.
- WETZEL, Stephan: *La reestructuración de los §§ 177-179 StGB bajo consideración especial del ámbito matrimonial y de los ordenamientos jurídicos extranjeros*, Frankfurt am Main 1998.