

**BECKER, Walter: "Einführung in das neue Sexualstrafrecht". ("Introducción al nuevo Derecho Penal Sexual"). Hamm: (Hoheneck-Verlag), 1974.**

Desde una perspectiva educativa y legal, la 4.<sup>a</sup> Ley de Reforma del Derecho penal ha creado nuevas y comprometidas responsabilidades frente a la difícil tarea de protección de la juventud. Es por eso que, ante todo, la presente Introducción, está al servicio de los colaboradores de dicha protección, sea cual fuere el cargo que desempeñaren.

La reforma pone a prueba aquella labor de protección que no se conforma con realizar exclusivamente el "mínimo ético". Si mediante la supresión de determinados preceptos penales se llega a la conclusión de que ciertas formas de conducta en adelante ya no van a ser sancionadas estatalmente y por ello dejarán de ser éticamente reprobables, será cada vez más difícil mantener un nivel de protección de la juventud. Por ello es importante tener conocimiento de las limitaciones legales. Sin duda, hoy día existen mejores oportunidades que en otros tiempos, oportunidades que tienen que ser aprovechadas.

El presente escrito aporta también un cuadro sinóptico comparativo de los preceptos anteriormente vigentes en relación con los actuales. En su apéndice se recogen ciertos datos relevantes para el estudio del tema de la protección de la juventud, tales como la sentencia del Bundesgerichtshof sobre el caso "Fanny Hill" y la resolución fundamental adoptada por el Bundesverwaltungsgericht frente a la cuestión de los escritos que son peligrosos para la juventud, de 16 de diciembre de 1971.

Después de tres años de intensas deliberaciones, el día 8 de noviembre de 1973 el Bundestag accedió a la propuesta de mediación presentada por el Vermittlungsausschuss y aprobó la 4.<sup>a</sup> Ley de Reforma del Derecho penal 4. Str. RG), que fue publicada en el Bundesgesetzblatt, parte I, núm. 98, el 27 de noviembre de 1973.

Cuando en 1970 el Gobierno presentó su Proyecto de Reforma, aún no había pensado en modificar los preceptos correspondientes de la "Ley sobre Difusión de Escritos Peligrosos para la Juventud" (GjS), pues se había querido aplazar para un posterior momento, resolviéndose, sin embargo, en las deliberaciones llevadas a cabo, la necesidad de que la Ley Penal y la GjS debían estar armonizadas.

Con la disolución del Bundestag se suspendió la aprobación de la Ley. La 4.<sup>a</sup> Ley de Reforma Penal fue nuevamente presentada por el Gobierno de coalición el 25 de enero de 1973. La regulación legal era ahora completamente distinta a la elaborada con anterioridad; en realidad se quiso llevar a cabo una clara diferenciación entre la protección del adulto y la del adolescente, pero conservando íntegramente la GjS sin necesidad de suprimir el debatido

parágrafo 6.º de dicha Ley y permaneciendo dentro de la misma, todas aquellas prescripciones que están al servicio de la protección de la juventud.

La reforma legal afecta, en primer lugar, al tema de las "manifestaciones de violencia" (*gewaltdarstellungen*). El legislador ha partido de la base de que todas aquellas expresiones de violencia que se representan en el cine, la radio y la televisión o están contenidas en diferentes escritos, crean una sociedad violenta e incluso suscitan actividades de este tipo en determinadas personas, pudiendo llegar a insensibilizarlas respecto al significado de la brutalidad. La cuestión gira en torno al parágrafo 131 del Código Penal, que determina las actividades punibles a estos efectos: producir, propagar, facilitar, exhibir públicamente, etc., materiales que contengan manifestaciones o expresiones de carácter violento. Establece, sin embargo, una excepción que se refiere a la actividad violenta manifestada con motivo de algún reportaje al servicio de los sucesos ocurridos en la actualidad o en la historia.

En particular, aquellos escritos cuyo contenido glorifiquen o enaltezcan de cualquier forma la violencia, están sometidos al parágrafo 6.º de la GJS en cuanto a las restricciones de venta y propaganda de las mismas establecidas en dicha Ley, al igual que aquellos otros que evidentemente sean "muy peligrosos para la juventud".

En la misma línea opera la reforma en cuanto al problema de las "manifestaciones pornográficas" (*Pornographische Darstellungen*). El parágrafo 184 del Código Penal contiene la nueva expresión "escritos pornográficos" frente al hasta entonces denominado "escrito impúdico". Pero a pesar de la nueva expresión *que no ha aportado ningún tipo de aclaración*, la Jurisprudencia se encontrará, al igual que antes, situada ante la difícil cuestión de determinar cuándo se infringen hoy día el sentimiento de pudor y moralidad sexuales. Referente a ello, es muy significativa la Sentencia del Bundesgerichtshof de 22 de julio de 1969 sobre el caso "Fanny Hill". Hoy día, puesto que la sexualidad se concibe como un aspecto fundamental de la vida humana, ya no es posible considerar "impúdica", en el sentido del parágrafo 184 del Código Penal, *la mera descripción de actividades sexuales*, a no ser que se realice de forma *importuna, grosera o incitante*, perturbando con ello los intereses de la comunidad o poniéndolos en grave peligro. En este sentido, un escrito sería penalmente perseguible *cuando describiera actividades sexuales de forma extralimitada o incitante, sin guardar relación alguna con otras expresiones de vida*. En virtud de todo ello, la Sala llegó a la conclusión de que la novela "Las memorias de Fanny Hill" constituía una obra de la literatura erótica, *pero no un escrito impúdico*, ya que, si bien considerada en su totalidad, se caracterizaba por la abundante descripción de fenómenos sexuales semejantes, evitaba, sin embargo, toda deformación y expresión grosera, así como toda desfiguración obscena de la sexualidad, al tiempo que su forma descriptiva no era en absoluto incitante.

En el marco de la "simple pornografía" del parágrafo 184 se observa que sólo está permitido el facilitarla a un ciudadano adulto, ya sea mediante su expresa petición o adquisición en cualquier establecimiento, ya sea a través de la proyección de la correspondiente película en un círculo privado y de forma gratuita. La mera producción no es punible, a no ser que tenga por

finalidad el hacerse accesible a otras personas, ya sean adultos, adolescentes o niños.

Junto con estas modificaciones, la 4.<sup>a</sup> Ley de Reforma Penal trae consigo otra serie de restricciones, especialmente interesantes para aquellos que colaboran en la tarea de la protección de la juventud. Así, han sido modificados los delitos relativos al estado civil de las personas, al matrimonio y a la familia, suprimiéndose una serie de tipos penales que no habían resultado con anterioridad eficaces en la práctica. Los delitos sexuales quedan ahora comprendidos bajo el epígrafe de "*Delitos contra la Autodeterminación Sexual*". La Ley prevé un sistema diferenciador de tipos penales para los abusos sexuales: el tipo del "*Abuso sexual de niños*" y el del "*Abuso de una especial relación de dependencia*", en el que la edad de protección ha sido fijada en los dieciocho años frente a los veintiuno, límite previsto en la antigua regulación.

En cuanto al tipo penal de la homosexualidad, ha sido elaborado como "tipo puro" de protección de la juventud, fijándose el límite de edad de protección también en los dieciocho años.

En el futuro, el ámbito de protección penal referido a la *violencia material*, a la *coacción sexual* y al *abuso sexual del que está incapacitado para resistir*, gozará de mayor eficacia, ya que los correspondientes tipos penales han sido delimitados y precisados con mayor claridad que en la normativa anterior. También los preceptos relativos al *lenocinio*, al *proxenetismo* y al *exhibicionismo* han sido reformados. Los actos sexuales realizados mediante publicidad no serán sancionados (prescindiendo del exhibicionismo) más que cuando "intencionadamente a través de ellos se produzca escándalo".

Una nueva figura jurídica ha sido creada por la Ley: *el privilegio del educador*. Está integrado por una serie de facultades de las que es titular el educador de una persona, en virtud de las cuales no se considera punible su conducta, aunque sea socialmente dañina e incluso contraria al bienestar del niño o del adolescente, si bien puede originar la aplicación de sanciones penales en otro autor. Es decir, que el derecho a educar del que son titulares los padres o el tutor contiene una serie de obligaciones éticas cuyo cumplimiento no puede ser asegurado mediante la aplicación de sanciones jurídico-penales. La Ley reconoce la existencia de este privilegio cuando el titular del cuidado de una persona menor de dieciséis años favorezca en ella actividades sexuales "*procurando o facilitándole la oportunidad de realizarlas*". Esa conducta se hace punible sólo en el caso de que infrinja gravemente su obligación educativa. Sin embargo, aquél será castigado cuando haya "mediado" en actividades sexuales o haya inducido a un menor de dieciocho años a que realice actos sexuales de *forma remunerada*.

Los titulares del cuidado de una persona también pueden facilitar al niño o adolescente que esté a su cuidado, escritos pornográficos o cuyo contenido sea manifestativo de violencia, si bien la impunidad en este caso no dependerá de la existencia de una grave infracción de la obligación educativa.

A sensu contrario, la Ley niega la aplicación del privilegio del educador en una serie de supuestos (rigurosa pornografía, incesto, actividades homosexuales, etc.).

En cuanto al denominado privilegio "ampliado" del educador, en virtud del cual tampoco han de ser castigadas aquellas personas que actúen con el consentimiento del titular del cuidado, el legislador no ha reconocido su existencia, oponiéndose a esta forma a la transferibilidad de aquél por su titular a terceras personas.

La problemática que plantea esta nueva figura jurídica es la de si las formulaciones legales contenidas en la norma jurídica creada por el legislador van a surtir efecto, y si en realidad el bienestar y la protección del niño y del adolescente han sido debidamente consideradas. Desde hace tiempo se viene exigiendo que el derecho de soberanía paterna ceda en beneficio de una más favorable situación jurídica para aquéllos. El propio legislador que ha creado la figura del privilegio jurídico-penal-paterno tendrá que reconocer la necesidad de ofrecer al niño y al adolescente cierta protección jurídico-familiar frente al posible abuso en el ejercicio del cuidado paterno. En cualquier caso, la declaración de impunidad que acompaña aquellas conductas en las que se reconoce la existencia del privilegio del educador, no constituye ni para el titular del cuidado ni para los padres carta blanca para actuar inmoralmente o interpretar arbitrariamente el concepto de bienestar del niño o del adolescente.

Desde el punto de vista de la aplicación de la Ley en la práctica futura, la efectividad de la reforma penal dependerá en gran parte de la actividad desarrollada por los más variados organismos, entre los que se encuentran las *Organizaciones Privadas para la Defensa de la Juventud*, así como de la cooperación entre el Departamento de policía y los titulares de la "Ayuda Juvenil", desarrollada desde hace años en el marco de la "Ley para la Protección Pública para la Juventud", que debería extenderse al ámbito de ejecución de la "Ley sobre Difusión de Escritos Peligrosos para la Juventud", así como al de los preceptos referentes a la protección de la juventud contenidas en el Código Penal.

Precisamente, en relación con los delitos cometidos contra la moralidad del niño, es de destacar la eficaz y esclarecedora labor llevada a cabo por los organismos de protección de la juventud y las autoridades de policía, que deberían continuar realizándose con creciente intensidad. A estos efectos, y como medida adecuada para la consecución de una más efectiva protección juvenil, sería conveniente observar los criterios empleados por la pedagogía sexual que vienen a resumirse en uno solo: un niño está menos expuesto al peligro cuando es sexualmente instruido por sus padres en la forma adecuada dentro del marco de su educación general, al tiempo que éstos deberían familiarizarse con los conocimientos psicológico-pedagógicos existentes en la materia.

El legislador, a través de la reforma penal, ha elaborado un sistema de protección más eficaz para la juventud, pero la aplicación de los preceptos legales, la labor de cimentación y la estrategia corresponden a todos los organismos que se consideren responsables de aquella protección en la República Federal Alemana.