


FRANCISCO MUÑOZ CONDE

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Sevilla**

**Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del
Código penal) (*)**

(*) El presente artículo del Profesor Muñoz Conde constituye el capítulo 1 del Libro "La reforma penal de 1989" (por F. Muñoz Conde, I. Berdugo Gómez de la Torre y M. García Arán). Estudios Penales y Criminológicos agradece al autor y a Editorial Tecnos su autorización para publicarlo en este volumen.



1. LA NUEVA RUBRICA DEL TITULO IX

Quizá sea éste uno de los lugares donde la reforma de 1989 ha incidido con mayor contundencia y, si se nos permite la expresión, fuerza revolucionaria frente a la regulación tradicional de esta materia desde los Códigos penales del siglo XIX. La sustitución del término "honestidad" en la rúbrica del Título por el de "libertad sexual" supone algo más que, como dice la Exposición de Motivos de la reforma, "respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos". Es una decidida toma de posición en relación con uno de los bienes jurídicos más sutiles y difíciles de proteger con la técnica siempre tosca del Derecho penal. Ciertamente, la libertad sexual, entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, es un bien jurídico merecedor de protección y necesitado también de tutela penal. Sin embargo, no es tan clara la forma en que el Derecho penal debe proteger ese bien jurídico ni, sobre todo, si esa protección se otorga a la libertad como tal sin ningún tipo de connotación valorativa adicional que haga pensar que existen aquí otros bienes jurídicos más sutiles y difusos, pero no por ello menos reales y complejos que, junto al de la libertad sexual, también caracterizan y dan sentido a toda esta materia.

Nadie duda, desde luego, de que la libertad es uno de los bienes jurídicos preeminentes, el más importante después de la vida y la salud y, probablemente, el más expuesto a ser atacado en la vida cotidiana. En la Constitución se garantiza, junto con la seguridad, en el artículo 17, y en el Có-

digo penal constituye, también junto a la seguridad, un bien jurídico protegido autónomamente en el Título XII del Libro II. La libertad es, además, un bien jurídico que frecuentemente es atacado como medio para atentar contra otros bienes jurídicos, configurando con su lesión delitos como el de robo con violencia o intimidación en las personas (arts. 500 y 501), usurpación (art. 517), ejercicio arbitrario del propio derecho (art. 338), el tipo cualificado del allanamiento de morada (art. 493.2º), extorsión (art. 503), violación (art. 429), atentado (art. 231.2º), etc. Generalmente en estos casos, junto al bien jurídico libertad, se lesionan otros bienes jurídicos, y el ataque a la libertad es sólo un medio comisivo que se valora dentro de otro delito, configurando un delito complejo y perdiendo su autonomía típica, aunque no su independencia sustancial como bien jurídico necesitado y capaz de recibir la protección que le brinda el Derecho penal. La prueba de ello es que si, por las razones que sean, el ataque del otro bien jurídico (propiedad, dignidad funcional, intimidad de la morada) no llega a materializarse o, de algún modo, no es específicamente castigado, siempre cabe la posibilidad de castigar autónomamente el ataque a la libertad como delito contra la misma. Así, por ejemplo, si el amenazado no tiene la cualidad de autoridad que creía el que le amenaza y no se da, por tanto, el atentado del artículo 231, siempre queda la posibilidad de apreciar el delito de amenazas. Igualmente sucede si en el robo con intimidación la consumación no se produce porque, por ejemplo, el atracado no lleva dinero encima y la pena de las amenazas es superior a la que procedería si se apreciase tentativa o frustración del delito de robo previsto en el art. 501.5º o en el tipo cualificado del allanamiento de morada del artículo 490 cuando, a pesar de la intimidación empleada, el allanamiento no se consuma.

La autonomía sustancial del bien jurídico protegido "libertad" permite, en todo caso, recurrir a los delitos básicos contra éste (coacciones, amenazas) como tipos subsidiarios

de todos aquellos delitos en los que la libertad es objeto de agresión como vía para atentar contra otros bienes jurídicos.

Esta afirmación sólo en una muy pequeña parte es aplicable a los delitos que, ahora bajo la rúbrica de "Delitos contra la libertad sexual", se tipifican en el Título IX del Libro II del Código penal. En realidad, sólo en la violación del número 1 del artículo 429 (mediante fuerza o intimidación), en el rapto de una persona ejecutado contra su voluntad del artículo 440.1º y en la coacción al ejercicio de la prostitución del art. 452 bis a).2º, es el ataque violento o intimidatorio a la libertad el medio comisivo de estos delitos. En los demás delitos del Título IX, el ataque a la libertad es sólo indirecto o de menor gravedad, a través del engaño (así, el estupro y las agresiones sexuales a él equiparadas), o prácticamente inexistente en el delito de exhibicionismo "obsceno", salvo que se interprete este último como una forma de ataque a la libertad sexual ajena, como una forma de involucrar a alguien en un contexto sexual en contra de su voluntad, y en algunos relativos a la prostitución de mayores de edad.

Una problemática especial presentan estos delitos cuando recaen sobre menores o deficientes mentales. Mantener que en estos casos es la "libertad sexual" el bien jurídico protegido no deja de ser un eufemismo o una forma como otra cualquiera de alterar el significado de las palabras, sin tener para nada en cuenta la realidad. Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (p. ej., menor de doce años, oligofrénico profundo, etc.) es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Sin entrar ahora en polémicas sobre el derecho a la sexualidad de menores y deficientes mentales y sobre los límites del mismo, actualmente en nuestro ámbito de cultura existe una especie de consenso no escrito sobre la "intangibilidad" o "indemnidad" que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Por supuesto, en esta materia existen muchos "tabúes" y no son fáciles de ex-

plicar las razones de esta "intangibilidad" o "indemnidad" con el criterio de la "libertad sexual". A lo más que podría llegarse es a prohibir el ejercicio de violencia o intimidación con estas personas con el fin de realizar actos sexuales; pero si se quiere prohibir algo más o incluso la sexualidad como tal, aun sin ser contraria a la voluntad del afectado, entonces hay que utilizar otros criterios que están más allá de lo que se entiende por "libertad sexual".

De todas formas, habría que matizar y distinguir entre el problema de la sexualidad con menores y el de la sexualidad con enfermos y deficientes mentales.

a) En el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro. Cierto es que no está comprobado científicamente que ello sea así e incluso, cuando la sexualidad no es ejercida con violencia, se dice precisamente lo contrario: que favorece el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras. La verdad es que en esta materia casi nada es seguro y la mayoría de las afirmaciones se basan en el sentimiento, en la propia experiencia personal y otros datos difíciles de explicar y comprender racionalmente. Sucede aquí como con el problema de la homosexualidad y tantas otras manifestaciones sexuales (relaciones extramatrimoniales, bestialismo, etc.), "tabuizadas" e incluso criminalizadas durante mucho tiempo, sin que se sepan muy bien las razones de esta actitud. La sexualidad con menores, proscrita y considerada por muchos como una "grave aberración sexual" (y, como tal, así descrita en los manuales de Psiquiatría como "pederastia", "paidofilia", etc.), es alabada y practicada por otros más frecuentemente de lo que las estadísticas judiciales o policiales dan a entender. La "cifra negra" de este tipo de hechos, establecida a través de encuestas personales, investigaciones en

centros pediátricos, etc., es bastante elevada y, salvo que vayan acompañados de malos tratos y otro tipo de agresiones corporales, no suelen dar lugar a ninguna intervención jurídico-penal.

Ello no obstante, parece existir un amplio consenso en los países de nuestra área de cultura, incluso tras las reformas penales habidas en los últimos años en este tema, sobre que debe seguir manteniéndose la prohibición penal del ejercicio de la sexualidad de un modo absoluto con los llamados "niños", es decir, con los menores de hasta doce o catorce años de edad, sin mayores exigencias de requisito adicional alguno; mientras que con los menores que hayan cumplido esa edad y hasta los dieciséis o dieciocho años la protección penal viene condicionada por la presencia de otros elementos adicionales, como el "engaño" o el aprovechamiento de una situación de prevalencia o superioridad del autor del hecho sobre el menor.

Con esta idea coincide, en líneas generales, la regulación del Código penal, incluso tras la reforma de 1989, al configurar como violación o, en su caso, agresión sexual la relación carnal con menor de doce años en todo caso, y como estupro o agresión sexual a él equiparada, la relación íntima con menor de doce a dieciséis años si mediare engaño, o con menor de doce a dieciocho años si la acción sexual se realizare abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa (arts. 429, 430 y 432 a 436). En este sentido, debe valorarse como positiva la rebaja de edad a los dieciocho años en los delitos relativos a la prostitución de menores, entre otras cosas porque, como ya había señalado la doctrina, había que adaptar también esta regulación penal a los límites de la mayoría de edad, fijados constitucionalmente en los dieciocho años.

Lo que no parece tan claro es que el fundamento de esta regulación penal sea la protección de la "libertad sexual", en este supuesto, del menor. En todo caso, hay un

componente adicional, difícil de definir, que tiene más que ver con la indemnidad o intangibilidad que con la presunta libertad del menor para decidir sobre su sexualidad. Probablemente, se pretende proteger la libertad del menor en el futuro, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; pero, mientras tanto, esta libertad podrá ser abstractamente puesta en peligro, nunca lesionada, porque no se puede lesionar lo que aún no existe. No nos parecen, por eso, convincentes las propuestas de quienes, como Díez Ripollés, consideran que lo que se protege "es el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual" en libertad, porque siempre queda por resolver el problema de cómo se puede proteger la libertad de quien aún o definitivamente carece de ella.

De todas formas, cualquiera que sea la opinión que se mantenga respecto al bien jurídico protegido con respecto a la prohibición del ejercicio de la sexualidad con menores, no parece coherente ni con esta protección, ni con la rúbrica que ahora se da a todo el Título IX, la discriminación que se produce en relación con los sujetos intervinientes en el delito de violación y que resulta, desde luego, chocante en lo referente al menor. Así, por ejemplo, el inducir a un niño menor de doce años a chupar el pene puede ser castigado como violación con la pena de reclusión menor; el inducir al niño de la misma edad y en las mismas circunstancias a chupar la vulva es castigado con menor pena e, incluso, si se excluye esta relación también del delito previsto en el artículo 430 (véase *infra*), con una pena desproporcionadamente menor (la multa prevista en el art. 436). De este problema nos ocuparemos más adelante, pero quede ahora señalado que, desde el punto de vista de la "libertad" o la "indemnidad" sexual del menor, este criterio es difícilmente compatible.

b) Las mismas reservas respecto a que sea la "libertad sexual" el bien jurídico protegido, común a todo el Título IX,

hay que hacer en relación con el ejercicio de la sexualidad con enajenados, deficientes mentales, etc., o, como dice ahora el Código en el artículo 429.2º, "cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación". Aquí se ha producido un avance notable en relación con la situación anterior, desde el momento en que ya no basta que la relación sexual se dé con un enajenado, sino que es preciso que se "abuse" de él. De todos modos, esta redacción es insuficiente todavía para acoger, sin alterar gravemente el sentido literal posible de los términos legales, otras situaciones igualmente graves, como la de abuso sexual de las personas que, sin estar privadas de sentido ni ser enajenadas, no pueden ofrecer resistencia al acto sexual (parálisis, hemiplejía, agotamiento físico y mental motivado por una anterior violación, etc.). De esto nos ocuparemos más tarde. Lo que ahora nos interesa es ver si es también en casos de enajenación o de privación de sentido la "libertad sexual" del que se encuentra en esta situación el bien jurídico protegido.

Una importante diferencia con respecto a los menores se da en cuanto que aquí no hay unos límites rígidos marcados por la edad, sino unas situaciones graduables, diferentes en cada caso y persona, que permiten una cierta matización. Desde luego, si la libertad sexual se caracteriza por la existencia de una cierta capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la facultad volitiva necesaria para consentir en él, esta libertad puede existir en mayor o menor grado y ser objeto de discusión y prueba en un proceso penal por estos delitos. Precisamente, lo que se discute en estos casos es si el sujeto pasivo tenía capacidad para decidir libremente su comportamiento sexual. Si esta libertad es inexistente o está completamente anulada, probablemente se afirmará la existencia del delito sexual en cuestión. Pero ello no quiere decir que sea la "libertad sexual" del enajenado o del privado de sentido el bien jurídico protegido, sino su falta de libertad sexual, es decir, la

consideración que merece la persona que no está en condiciones de decidir libremente sobre su sexualidad con terceros. Y de nuevo surge aquí la idea de "intangibilidad" o "indemnidad" como criterio que da sentido a la prohibición penal en estos casos. Pero tal idea no es en este supuesto tan rígida como en el caso de los menores y admite muchas más gradaciones que en aquéllos. Por lo pronto, no da lugar a presunciones *iuris et de iure* que, como en la circunstancia del menor, no admiten prueba en contrario, sino a una presunción *iuris tantum* que, lógicamente, admite que se muestre lo contrario: la existencia de libertad y, con ella, la de la capacidad para consentir válidamente por lo menos en el ámbito de la sexualidad. La adición del requisito "abusare de su enajenación" demuestra que es necesario algo más que la persona se encuentre objetivamente en esta situación, que el autor se debe aprovechar, "abusar", de la circunstancia, limitando aún más la escasa "libertad sexual" de la víctima.

En todo caso, y como antes decíamos respecto al menor, el legislador no ha sido consecuente con la "libertad sexual" o con la "indemnidad sexual" de la persona enajenada o privada de sentido, al dar un distinto tratamiento al atentado sexual contra ellos según provenga de un sujeto activo masculino o femenino.

Es verdaderamente chocante, aunque comprensible desde los parámetros sociales dominantes en esta materia, que, cuando es el enajenado el que accede carnalmente, el hecho para la persona agredida constituya todo lo más un delito de agresión (?) sexual o incluso sea impune, y constituya violación en el caso contrario, lo que sucede necesariamente cuando el enajenado sujeto pasivo del acceso es la mujer; lo que traduce fielmente una mentalidad tradicional, según la cual la sexualidad de la oligofrénica debe ser "tabuizada" e incluso permitirse su esterilización, mientras que al oligofrénico se le lleva los domingos al burdel "para que se tranquilice": actitudes éstas difícilmente comprensibles

desde el prisma de la "libertad sexual" que ahora se preciniza.

c) Una última objeción contra la idea de hacer de la "libertad sexual" el bien jurídico protegido común a todos los delitos contenidos en el Título IX, proviene del delito de exhibición obscena y de algunos delitos relativos a la prostitución de mayores de edad, pues la problemática del exhibicionismo y de la difusión de pornografía entre menores (art. 432) y los delitos relativos a la prostitución de menores es similar a la ya vista en general en relación con la protección penal de los impúberes en esta materia.

El delito de exhibicionismo, tal como fue introducido para sustituir al antiguo escándalo público en el artículo 431 del Código penal por Ley de 13 de junio de 1988 es, desde luego, difícilmente comprensible desde el punto de vista de la "libertad sexual". El mismo calificativo de "obsceno", con que se acompaña al concepto de "exhibición", pone de relieve que el legislador no ha querido prescindir de criterios culturales o sociales impregnados de contenidos morales, pues, según la interpretación que corresponde al término, obsceno es lo contrario al pudor o a las buenas costumbres, lo que va, sin duda, más allá de la libertad sexual de la persona que padece el acto de exhibición, aunque, en el caso de que sea mayor de dieciséis años o sana mentalmente, la persecución penal depende de su denuncia. La nueva rúbrica del Título IX, así como la específica del Capítulo II, "provocación sexual", dan, sin embargo, pie para una concepción individualizadora del bien jurídico protegido en este delito, aunque el mismo concepto de exhibicionismo que se da en los tratados de Psiquiatría como algo privativo del sexo masculino y de una determinada ostentación de su órgano genital ("generalmente erecto") dificulta su comprensión desde el punto de vista exclusivo de la "libertad sexual".

Lo mismo sucede con los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad. Si bien la prostitución no se castiga como tal, en la punición de los delitos relacionados con ella subyace la filosofía de que es una forma deteriorada de ejercicio de la sexualidad que, de algún modo, es desaprobada. Sucede aquí igual que con el suicidio: no se castiga como tal, por razones de imposibilidad práctica en caso de consumación y, por otras razones, en caso de tentativa o frustración; pero al castigarse diversas formas de participación en el mismo [inducción, auxilio (art. 409)], se parte de la desaprobación del suicidio como tal. Ciertamente, la prostitución, como forma degradante de ejercicio de la sexualidad, supone un cierto deterioro de la "libertad sexual", pero no la ausencia de ésta, sino más bien lo contrario: el ejercicio más amplio, si se quiere deformado, de esa libertad. A ello no se opone el hecho de que la situación de explotación y abuso por parte de terceros limite de algún modo la libertad de la persona prostituida; precisamente en la medida en que esa libertad se vea limitada son comprensibles los delitos de coacción y retención en la prostitución del art. 452 bis a).2º y 3º, o de proxenetismo del artículo 452 bis c); pero, cuando ello no es así y la prostitución se lleva a cabo sin ningún tipo de coacción, difícilmente pueden concebirse los tipos delictivos previstos en el artículo 452 bis a).1º o en el 452 bis d) como atentados a la libertad sexual de nadie.

Como resumen de este ya largo exordio sobre la nueva rúbrica del Título IX, se puede decir que, a pesar de constituir un loable intento para dotar de un contenido sustancial idéntico y posibilitar una interpretación restrictiva de algunos tipos penales, la "libertad sexual" no constituye el único ni siquiera el más importante de los posibles bienes jurídicos que en todo el Título vienen en consideración. Integra, todo lo más, una aspiración político-criminal y una pauta a seguir como criterio en la interpretación de los tipos penales: el hecho será tanto más merecedor de pena cuanto

más directa y gravemente afecte a la libertad sexual de las personas y tanto menos cuanto más se aleje de este bien jurídico, afectándolo sólo indirecta o potencialmente. La nueva rúbrica del Título IX es, pues, más una directriz político-criminal a seguir en la interpretación de los tipos en él contenidos que un bien jurídico protegido común a todos ellos. A partir de ahí queda abierta la posibilidad de seguir considerando también estos delitos como "Delitos contra la moral sexual" en la medida en que esta denominación sirve para acoger no sólo los ataques a la libertad sexual entendida *stricto sensu*, sino también otros bienes jurídicos distintos o no exactamente coincidentes con ella, pero que igualmente son dignos de protección penal. Si se restringe el ámbito de intervención penal a los casos que, por las razones ya dichas, son verdaderamente acreedores de pena, afecten o no a la libertad sexual, no vemos inconveniente en seguir manteniendo el concepto de *moral sexual*, entendido como aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas, como un criterio de referencia y de clasificación más preciso y ajustado a la realidad que el antiguo de "honestidad", que se utilizaba antes, y que el de "libertad sexual", que se emplea ahora en la rúbrica de todo el Título IX. Naturalmente, ello supone que, por imperativo del principio de intervención mínima, el orden moral sexual que protege el Derecho penal sea una parte ínfima del mismo: prácticamente sólo los ataques violentos o intimidatorios a la libertad sexual, el ejercicio de la sexualidad con niños o con enajenados, en este caso abusando de su situación, y el fomento o desarrollo de la prostitución pueden fundamentar en los momentos actuales la intervención del Derecho penal en esta materia. El resto debe quedar libre de cualquier injerencia externa coactiva y, mucho más, de la injerencia del Derecho penal, que en ésta como en cualquier otra materia debe regirse por el ya aludido principio de intervención mínima.

II. REFORMAS EN LOS CONCRETOS TIPOS DELICTIVOS

1. Violación

A) *Los sujetos*

Una importante modificación ha sufrido este delito en relación con los posibles *sujetos pasivos* del mismo que, como se indica en la propia Exposición de Motivos de la reforma y se deduce claramente de la nueva redacción del artículo 429, pueden ser tanto hombres como mujeres. A ello no hay, en principio, nada que oponer, sino más bien lo contrario: saludar como muy positiva la equiparación de la protección penal dispensada en esta materia tanto a hombres como a mujeres, superando viejas concepciones que discriminaban injustamente al hombre como posible sujeto pasivo del delito de violación. La equiparación había sido ya repetidas veces solicitada por la doctrina y alguna jurisprudencia, si bien primordialmente en el plano *de lege ferenda*, por impedir tal interpretación *de lege lata* la anterior redacción del artículo 429 (1). La discriminación se sigue manteniendo, sin embargo, en relación con el *sujeto activo*. De la nueva redacción del párrafo 2º del artículo 429 se deriva claramente que sólo puede ser sujeto activo de este delito el hombre, tanto por la utilización del pronombre relativo masculino ("el que") como por la acción típica que tiene que realizar ("acceso carnal"). Es evidente que esta restricción del círculo de sujetos activos al hombre no es coherente con la libertad sexual como bien jurídico protegido al que se alude en la nueva rúbrica del Título IX, sino que refleja determinadas connotaciones valorativas muy enraizadas en nuestra área de cultura, aunque carentes de explicación ra-

(1) Cfr. Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, 7ª ed., Valencia, 1987, pág. 363.

cional convincente. Ciertamente, es difícil imaginar, aunque no imposible, un acceso carnal con sujeto activo femenino y sujeto pasivo masculino conseguido mediante fuerza o intimidación, pero, desde luego, es perfectamente imaginable y realizable el acceso carnal entre los mismos sujetos cuando el sujeto pasivo masculino es un enajenado o un menor; y no se entiende muy bien la diferencia valorativa a la que obliga la actual regulación al calificar este último hecho todo lo más como agresión sexual del artículo 430.

Desde luego, esta discriminación va contra el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe las diferencias por razón de sexo y carece además de fundamentación científica, como no sea la tradicional superprotección que se brinda a la mujer en esta materia y lo renuente que ha sido siempre el legislador a considerarla como sujeto activo de delitos sexuales. Sin embargo, las razones tradicionalmente alegadas no son convincentes. Desde el momento en que se incluye expresamente al hombre como sujeto pasivo de la violación no hay ninguna razón para que la mujer no pueda ser sujeto activo de la misma. Tanto más cuanto en el delito de estupro, desde la reforma de 1978, tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos y pasivos de aquél, regulación que se sigue manteniendo tras la reforma de 1989.

B) Las conductas sexuales abarcadas

Desde el momento en que se incluye como sujeto pasivo de la violación al hombre, es evidente que hay que incluir también como acción típica en este delito el *coito anal* y no sólo el homosexual, sino también el heterosexual, siempre, claro está, que por las razones ya dichas el sujeto activo sea hombre. En este sentido, la reforma de 1989 satisface las insistentes reclamaciones realizadas en los últimos años por la doctrina y aun por la jurisprudencia, basándose para ello en la equiparación de los sexos y en la equivalencia y singu-

lar trascendencia de ambos tipos de coitos, una vez superados los viejos planteamientos de la posibilidad de embarazo, virginidad, etc., que se aducían en favor del coito vaginal como única modalidad típica de la violación.

Pero la reforma de 1989 ha ido más lejos de lo que solicitaban las jurisprudencia o la doctrina más moderna, al incluir entre las conductas constitutivas de violación el "acceso carnal [...] por vía bucal".

La novedad no puede ser más sorprendente. Desde luego, como ya antes se ha indicado, en el plano de la sexualidad casi todo es opinable y los límites a su ejercicio vienen marcados más por criterios culturales o sociales, difícilmente comprensibles en un plano puramente racional, que por razones fundadas científicamente o por el criterio de la "libertad sexual". Sin embargo, considerar como modalidad típica de la violación, es decir, del delito más grave de todos los sexuales, "el acceso carnal por vía bucal" supone un salto cualitativo de consecuencias difícilmente calculables. Con ello se pierden las diferencias valorativas entre la violación y otras clases de agresiones sexuales mucho menos graves y, por eso, castigadas con una pena mucho menos grave también. No se comprende muy bien que sea, por ejemplo, violación el "acceso carnal por vía bucal" y sólo agresión sexual, aunque sea del nuevo tipo cualificado previsto en el artículo 430, la desfloración de una menor rompiendo el himen con el dedo, pues, a todas luces, la segunda conducta produce mayor daño, y no sólo moral, en la víctima que la primera.

En todo caso, parece que no puede equipararse en trascendencia y gravedad el "acceso carnal por vía bucal" con el acceso carnal "por vía vaginal o anal", pues estos últimos suponen, en especial el anal, un cierto daño físico y, en el vaginal, la posibilidad de desfloración, sobre todo en el caso de menores, que, desde luego, no se dan en el coito bucal.

Por otra parte, este último plantea una serie de problemas respecto a la consumación distintos y más complejos probatoriamente que el coito vaginal o el anal. Si respecto a éstos puede seguirse manteniendo, principalmente, en relación con la violación de impúberes, la tesis de la *coniunctio membrorum* o, por lo menos, la penetración, por ligera que ésta sea, del pene en el ano o vagina, en relación con el coito bucal habrá que exigir probablemente la *inmissio seminis*, es decir, la eyaculación en la cavidad bucal, ya que la simple penetración plantea menores problemas. A ello se añaden las mayores dificultades probatorias de este tipo de coito que, salvo en caso de eyaculación, no deja evidencia alguna.

Todo esto podrá parecer anecdótico e incluso "chusco", salvo que se piense en la pena que tiene asignado el delito de violación: la de reclusión menor, la misma que el homicidio doloso, la mutilación dolosa de un órgano o miembro principal, la causación de una enfermedad mental incurable, etc., y mayor, por supuesto, que la mutilación dolosa de un órgano o miembro no principal, las detenciones ilegales, el secuestro de menores, etc.

Precisamente, existe ahora una tendencia doctrinal a reclamar una rebaja de pena de la violación por la menor gravedad de este atentado sexual en relación con ataques y otros bienes jurídicos cualitativamente más importantes, como la vida o la salud; y, en todo caso, se solicita un tratamiento penal diferenciado de las distintas modalidades de violación que no son evidentemente equiparables en importancia y gravedad. Todo esto ha sido ignorado en la reforma de 1989, que ni siquiera ha tenido en cuenta los precedentes del Proyecto de 1980 y de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, que claramente diferenciaban entre el yacimiento y cualquier otro tipo de acceso carnal como constitutivos de dos delitos distintos y con diversa pena, entendiéndose la doctrina que comentaba la Propuesta de 1983 que del acceso carnal quedaba excluido el coito bucal.

Tampoco existen precedentes en el Derecho comparado, pues la mayoría de los Códigos penales siguen diferenciando según haya o no yacimiento, tipificando la realización de otros actos sexuales como delito independiente y distinguiendo según el carácter del sujeto pasivo. Sólo el Proyecto de reforma italiano de 1984 unifica el tratamiento de los actos sexuales independientemente de la parte del cuerpo afectada y de la forma en que se lleven a cabo, si bien castigándolos con pena menor a la de nuestro delito de violación. Con todo, el Proyecto de reforma italiano ha sido objeto de críticas, por cuanto posibilita el que se soslaye la cuestión de la prueba de la consumación de la conjunción carnal y equipara actos de distinta trascendencia personal y social.

La asimilación del coito bucal al vaginal y anal obliga, además, a una reinterpretación del delito de estupro, por cuanto carece ya de sentido restringir la expresión "acceso carnal" en este delito sólo al coito vaginal o anal, lo que produce una ampliación enorme de su ámbito de aplicación, fundamentalmente si se tiene en cuenta que en él sí cabe que la mujer sea sujeto activo del mismo: otra discordancia valorativa entre violación y estupro difícilmente subsanable por vía interpretativa.

C) La sustitución de "privada de razón" por "se abusare de su enajenación" en el artículo 429.2º

Aunque no era uno de los aspectos más urgentemente necesitados de reforma, debe valorarse positivamente la sustitución de la expresión "privada de razón" por la de "se abusare de su enajenación" en el número 2º del artículo 429.

La anterior expresión estaba redactada de un modo que permitía afirmar la violación de cualquier persona que pudiera ser calificada de "privada de razón", en el sentido de enajenada mental, aunque no tuviera completamente anu-

lada su capacidad para autodeterminarse libremente en el ámbito sexual o el sujeto activo del acceso tuviera la relación sexual sin abusar de esta situación. El empleo ahora de los términos "enajenación" y "abuso" delimita con mayor claridad los límites de este apartado.

Por "enajenación" habrá que entender situaciones similares a las que determinan la exención de responsabilidad en el artículo 8.1º; es decir, la enfermedad mental en un sentido amplio, incluyendo también en ella la oligofrenia y todas aquellas otras alteraciones de la psique que ponen al sujeto en situación de inimputabilidad. Pero hay que tener en cuenta que en este caso es preciso, además, que la "enajenación" afecte a la capacidad para autodeterminarse en el ámbito sexual con conocimiento del significado de los actos de este tipo. Esto plantea, lógicamente, problemas de prueba pericial que, en última instancia, debe ser valorada libremente por el Tribunal en función de las consideraciones anteriormente hechas sobre el bien jurídico protegido. En este terreno se plantean al juzgador, en algunos casos, conflictos límite que deben ser resueltos más con ayuda de criterios sociológicos que psicológicos o psiquiátricos. En ningún caso debe ser suficiente con un determinado diagnóstico, *test* de inteligencia, etc., sino que debe valorarse el comportamiento del sujeto pasivo en el contexto y en relación también con las peculiaridades de la conexión que tenga con el ofendido (relaciones de noviazgo, amistad, matrimonio, etc.).

Precisamente, para evitar una interpretación demasiado objetivista del concepto de enajenación, la reforma de 1989 exige que, además, el sujeto activo "abuse" de la situación, es decir, se aproveche de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el alcance del acto sexual o para autodeterminarse y consiga el acceso carnal con base en esa incapacidad. Este "abuso" exige, por tanto, una actitud eminen-

temente dolosa, que tiene que ser probada y no simplemente presumida en el correspondiente proceso.

Con ello se deja una posibilidad a las relaciones sexuales con incapaces, siempre que no se dé la situación de "abuso" de esa incapacidad. El problema ha estado casi siempre resuelto en las relaciones heterosexuales cuando el incapaz o enajenado es el hombre (al que incluso los propios familiares llevan al burdel como "medida terapéutica"), pero no lo está en absoluto cuando el incapaz o enajenado es una mujer, principalmente en el caso de oligofrénicas; la jurisprudencia existente al respecto demuestra el doble rasero (y la doble moral) que suele utilizarse en estos casos. La interpretación del término "abusare" en un sentido estricto y la exigencia de predominio de una situación de superioridad similar a la del estupro de prevalimiento del artículo 434 puede resolver de algún modo el difícil problema del derecho a la sexualidad de incapaces, oligofrénicos, etc.

En el término "enajenación" habrá que incluir también situaciones de trastorno mental transitorio producidas por cualquier causa (ingestión de alcohol, drogas, etc.), naturalmente, siempre que se dé un abuso de esa situación.

El otro supuesto del número 2º del artículo 429 ("privada de sentido") sigue inalterado, acogiendo los casos de inconsciencia. Continúa, en cambio, sin resolverse el problema de los incapaces de resistir por causas corporales o físicas (parálisis, agotamiento, etc.). La inclusión de estos casos en el inciso "privada de sentido", tal como hace un sector jurisprudencial y doctrinal, raya casi en la analogía; por ello creemos preferible, mientras no se produzca su regulación expresa, la inclusión en el número 1º ("uso de fuerza"), ya que, en todo caso, supone "forzar" la voluntad contraria del incapaz de resistir.

2. Otras agresiones sexuales

La reforma de 1989 modifica el artículo 430 en un doble sentido: por un lado, redacta de otra manera la norma anterior, sustituyendo el término "abusare deshonestamente" por el de "agresión sexual"; por otro lado, añade un tipo cualificado, hasta ahora inexistente, "si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios".

1) La primera modificación debe ser valorada, en principio, positivamente sobre todo en lo que se refiere a la sustitución del término "deshonestamente" por "sexual". En la regulación anterior todo el mundo estaba de acuerdo tanto en criticar la utilización del calificativo "deshonesto" aplicada a los abusos tipificados en los artículos 430 y 436, como la expresión "honestidad" empleada en la rúbrica de todo el Título IX, dada su imprecisión conceptual y el contenido moralizante que evocaba.

Una vez suprimida la "honestidad" de la rúbrica del Título, carecía, pues, de sentido que se utilizara el término "deshonesto" o "deshonestamente" en la descripción de los delitos contenidos en el mismo o en otros de sustrato similar en otros lugares del Código. Consecuentemente, no sólo se ha procedido a suprimir el término en los artículos 69 bis, 338 bis, 430, 436, 443, 452 bis a).2º y 452 bis b), sino también en la rúbrica del Capítulo VIII del Título VII (véase *infra*) y, lógicamente, en la rúbrica del Capítulo I del Título IX, que ahora se llama "De la violación y de las agresiones sexuales".

Su sustitución por la expresión "sexual" es, pues, acertada, porque indica que en toda esta materia se trata de problemas relacionados con la manifestación del instinto sexual, cualesquiera que sean después las circunstancias típicas que configuren el delito en cuestión. Ello excluye, de entrada, cualquier comportamiento que no sea inequívoca-

mente sexual del ámbito de aplicación de los artículos 430 y 436 y, en general, de todos los delitos en que se emplea dicha expresión. El problema estriba ahora en determinar qué es lo que se entiende por "sexual". No existe, ciertamente, un concepto puramente objetivo de lo sexual, aunque no puede por menos que calificarse como tal todo acto en el que intervengan los órganos genitales, tanto más si su fin implica penetración. No hay, por tanto, problema alguno en considerar acto sexual el acceso carnal en las diversas modalidades, vaginal, rectal o bucal, que cita el artículo 429. Pero cuando los actos no tienen este carácter tan claramente sexual, su calificación en un plano puramente objetivo es más problemática; así sucede, por ejemplo, con los besos y tocamientos de partes del cuerpo que no sean los órganos genitales propiamente dichos. Por ello, un sector doctrinal recurre a un elemento subjetivo caracterizado por el "ánimo lúbrico" o "lascivo", que dejaría fuera del ámbito de lo sexual actos equívocos o incluso claramente sexuales realizados con fines terapéuticos, científicos, jocosos o simplemente injuriosos, vengativos o de burla.

La respuesta a este problema creemos que hay que buscarla en el sustantivo al que ahora acompaña el calificativo de "sexual". Nos referimos al término "agresión", que ha venido a sustituir al de "abuso" anteriormente empleado. Vaya por delante que consideramos preferible esta última expresión, porque refleja mejor la esencia de estos delitos cuando el sujeto pasivo, menor o enajenado, es en realidad el sujeto activo del acto sexual, por ejemplo, el que penetra o sodomiza al sujeto activo del delito. Hablar en este caso de "agresión" supone un cierto eufemismo o una cierta manipulación del lenguaje. Lo que sí se produce en estos casos es un "abuso" del que no tiene libertad para decidir o del que ve constreñida su libertad por fuerza o intimidación. Sin embargo, la expresión "agresión" tiene la ventaja, frente a la de "abuso", de precisar con mayor nitidez la naturaleza del acto sexual que, en definitiva, exige un *contacto*

corporal entre los sujetos, activo y pasivo, de aquél. Creemos que, de este modo, queda resuelta la cuestión de la calificación que merece el inducir a una persona a realizar contactos sexuales sobre sí misma o con un tercero que, evidentemente, no son agresiones sexuales, sino delitos contra la libertad constitutivos de amenazas o coacciones o formas de participación en las agresiones sexuales de un tercero o en su corrupción y prostitución [arts. 452 bis a).2º y 452 bis b).2º].

Tampoco entran en el término "agresión", entendida como contacto corporal, las acciones exhibicionistas, por más que sean de contenido claramente sexual, que todo lo más deben incluirse en el delito de exhibicionismo del artículo 430. Delimitado así el comportamiento típico citado en los artículos 430 y 436 ("agresión sexual"), queda, sin embargo, una amplia zona de ambigüedad que es inherente a la propia naturaleza de lo sexual y que, en definitiva, no es más que una forma de lenguaje y de comunicación interpersonal, con todo lo que ella comporta de dificultad en su interpretación. No creemos que haya que exigir, por ello, un especial elemento subjetivo como "ánimo lascivo o libidinoso", que plantearía problemas de prueba bastante difíciles de resolver en el proceso penal y que, en todo caso, no viene exigido por la ley. Lo que sí debe tenerse en cuenta en los casos dudosos es el contexto social y cultural en el que se da el acto sexual a los efectos de calificarlo como "agresión". Un acto médico de exploración uretral o vaginal realizado conforme a las reglas y prescripciones médicas queda fuera del concepto de agresión, por más que el médico obtenga alguna vez placer sexual con ello; y un abrazo o un beso acompañado de inequívocos movimientos de la región pelviana será normalmente considerado como agresión sexual, por más que el individuo alegue que lo hizo con ánimo de burla o broma (dejando aparte ahora cuestiones sobre error, consentimiento, etc., que pertenecen a otro lugar).

Sí parece importante exigir una cierta trascendencia y gravedad del acto y su potencialidad implícita para afectar de un modo relevante la sexualidad ajena. Tocamientos y apretones aprovechando las "bullas" del Metro o en espectáculos públicos, el llamado "acoso sexual" en los lugares de trabajo, etc., no deben pasar del mero conflicto verbal entre los protagonistas, sobre todo una vez que se ha suprimido en la anterior reforma la falta del artículo 567.3º. Deben tenerse también en cuenta los usos y costumbres del lugar, que hacen aparecer como normales hechos verdaderamente "chocantes" en otros ámbitos y contextos diferentes (p. ej., la masturbación del niño pequeño, incluso por su propia madre, para que se duerma o tranquilice).

Ninguna novedad representa la reforma de 1989 en relación con los sujetos, activo y pasivo, de la agresión sexual, aunque una interpretación excesivamente literal de la remisión que hace el artículo 430 al 429 y la ausencia en aquél de una referencia expresa al sujeto de la agresión sexual podría permitir la conclusión, sin duda absurda, de que igual que en la violación, el sujeto activo tiene que ser un hombre. Esta interpretación debe rechazarse, además de por absurda, porque infringe claramente el principio de igualdad de trato entre los sexos, sin ninguna razón que lo explique.

2) La reforma de 1989 ha añadido en el artículo 430 un segundo párrafo que eleva la pena de la agresión sexual (prisión menor) a la de prisión mayor cuando la agresión consistiere en la introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.

Dicho párrafo viene a tender, en cierto modo, un puente entre la pena de la violación (reclusión menor) y la del tipo básico del artículo 430 (prisión menor), sobre todo ahora que se incluye en la violación el coito oral o *fellatio*. La verdad es que no se entiende muy bien por qué el acceso

carnal por vía bucal tiene que castigarse más gravemente que la agresión sexual que consiste en introducir un palo en la vagina o desflorar a una menor con el dedo. El que estos casos puedan ser sancionados ahora por el tipo cualificado no elimina el salto cualitativo que todavía existe entre la violación y el resto de las agresiones sexuales y que se agudiza aún más cuando no se dan las circunstancias del tipo cualificado: determinar a un menor a una *fellatio* tiene la pena de reclusión menor; determinararlo a una *cunnilinguo*, prisión menor; una diferencia de seis años (accesorios aparte) que no se justifica por la diversa gravedad de los hechos.

El salto cualitativo entre la violación y otras agresiones sexuales también puede ser atenuado en algunos casos admitiendo, cuando se den las circunstancias del tipo cualificado, el concurso con otros delitos (injurias, lesiones) a los que el empleo de los medios citados en el párrafo 2º del artículo 430 puede dar lugar.

3. Otras reformas del Título IX

1. La sustitución de la expresión "abusare deshonestamente" por la de "agresión sexual" ha obligado a modificar los artículos de este Título en los que se empleaba la antigua expresión. Así, hablan también ahora de "agresión sexual" los artículos 436 (agresiones sexuales en las circunstancias del estupro) y 443 (disposición general sobre la denuncia en estos delitos).

2. La reforma de 1989 ha procedido asimismo a modificar la redacción del artículo 443 en un doble sentido: de una parte, permitiendo la intervención directa del Ministerio Fiscal cuando los sujetos pasivos de estos delitos sean menores o incapaces (pfo. 1º); de otra, negando en todos estos delitos cualquier relevancia como causa de extinción de la responsabilidad criminal al *perdón del ofendido o del repre-*

sentante legal o guardador de hecho (pfo. 2º). Esta segunda disposición constituye una importante novedad, que ya había sido reclamada por la doctrina y que, de algún modo, había sido preparada por la reforma de 1983, suprimiendo el perdón en la violación. Todo esto deja ya prácticamente superado el carácter privado de estos delitos, equiparándolos a los demás delitos perseguibles de oficio, lo que, dada la importancia y gravedad de éstos, no puede por menos que ser valorado positivamente.

3. Respecto a las *medidas cautelares contenidas en el artículo 446*, la reforma de 1989 ha procedido a una simplificación de su texto y, en consonancia con las competencias que constitucionalmente incumben sólo al Poder Judicial, reserva ahora a la autoridad gubernativa, en lugar de la anterior facultad de depositar en albergue especial o en otro lugar adecuado al menor de edad que se encontrare en estado de prostitución o corrupción, únicamente la facultad de comunicar de inmediato el hecho "a la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores y el Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas atribuciones".

4. El párrafo 1º del artículo 446 queda también reformado, dejando como única pena privativa de derechos, imponible a los autores de los delitos de corrupción de menores en favor de terceros, *la interdicción del derecho de tutela* [que sigue siendo potestativa en el art. 452 bis g)] y suprimiendo la anticuada referencia a la pertenencia al Consejo de Familia.

5. Finalmente, la reforma de 1989 ha solucionado legislativamente un problema que, a nuestro juicio, se podía haber resuelto ya por vía interpretativa y por aplicación directa de la Constitución: nos referimos a que el límite objetivo entre los delitos relativos a la prostitución de menores y los relativos a la prostitución de mayores de edad viniera establecido en *veintitrés años*, siendo así que en el artículo 12

de la Constitución se fija la mayoría de edad en los dieciocho años.

Esta reforma se hacía, sin embargo, necesaria por haberse negado la jurisprudencia (cfr. STS de 3 de abril de 1981) a apreciar inconstitucionalidad en el anterior límite de edad. En consecuencia, el límite de edad se fija ahora expresamente en los dieciocho años en los artículos 452 bis a).2º y 452 bis b).1º, 2º, 3º y 4º.

EXCURSO: DE LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD SEXUAL (LAS MODIFICACIONES DEL CAPITULO VIII DEL TITULO VII)

Consecuentemente con la sustitución de la expresión "Delitos contra la honestidad" por la de "Delitos contra la libertad sexual" en la rúbrica del Título IX, la reforma de 1989 ha reemplazado también la expresión "Abusos contra la honestidad" en la rúbrica del Capítulo VIII del Título VII ("De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos") por la de "De las limitaciones a la libertad sexual". La nueva expresión no es, desde luego, muy afortunada, aunque pretende reflejar con mayor claridad el contenido de estos delitos, que no consistirían tanto en la infracción de un deber de probidad o dignidad que el funcionario debe guardar en las relaciones sexuales con personas que tengan algún asunto en el que ellos deben intervenir, como en la limitación que de esta situación se deriva para la libertad sexual de tales personas. Desde este punto de vista, los artículos 383 y 384 tipificarían abusos de situaciones de prevalimiento parecidas al estupro del artículo 434, con las diferencias lógicas respecto a la edad del sujeto pasivo, y perfectamente podrían incluirse en el Título IX junto con los demás delitos que representan ataques similares (y no simples limitaciones) a la libertad sexual.

Sin embargo, una vez más las situaciones sistemáticas de los respectivos delitos reflejan, más que un simple capricho del legislador, una forma distinta de entender estos delitos y separarlos del resto de los ataques a la libertad sexual.

En efecto, en el artículo 383 se castiga sólo con la pena de inhabilitación especial al funcionario que "solicitar sexualmente" a una persona, lo que, en principio, supone, todo lo más y en atención a las circunstancias concurrentes, una tentativa o frustración de un ataque a la libertad sexual, pero no una forma consumada de éste, que si se consigue podrá constituir además otro delito, violación intimidatoria o, en su caso, estupro de prevalimiento, con el que el artículo 383 entraría en concurso ideal. Por tanto, aunque la razón de su incriminación puede ser, en última instancia, la protección de la libertad sexual, el tipo en cuestión se configura dogmáticamente como un "delito consistente en la infracción de un deber", se demuestre o no además la consiguiente limitación a la libertad sexual de otras personas.

Una interpretación o lectura idéntica debe hacerse del delito previsto en el artículo 384, que castiga con prisión menor, además de la pena de inhabilitación especial, al funcionario de prisiones que solicitar sexualmente a una persona sujeta a su guarda (o a alguna relacionada con ella). Aquí, la pena privativa de libertad, la misma que el estupro de prevalimiento, refleja una actitud protectora mayor del preso, ya de por sí limitado en su libertad, pero también consideramos que, si además de la "infracción del deber" el funcionario realiza de este modo un acceso carnal, podrá darse el concurso con el respectivo delito de violación intimidatoria o, en su caso, de estupro de prevalimiento.

Quizás hubiera sido preferible una técnica legislativa diferente, pero, evidentemente, las limitaciones de una reforma parcial han impedido tocar uno de los Títulos, el VII, más necesitados de reforma y actualización.

Por lo demás, la reforma de 1989 aporta algunas novedades, aparte la nueva rúbrica y la expresión "sexualmente" en la que se acota la expresión típica "solicitare" en los artículos 383 y 384 en relación con el sujeto pasivo, que ya no tiene que ser necesariamente una mujer, equiparando además al cónyuge a la persona a quien el solicitado se hallare ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad.