

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Málaga**

Las últimas reformas en el Derecho penal sexual

Las Leyes orgánicas 5/1988 de 9 de Junio y 3/1989 de 21 de Junio han continuado la sustancial reformulación del Derecho penal sexual que tuvo su inicio en las reformas de 1978, con algunos retoques en 1983. Estamos de nuevo ante reformas parciales que siguen poniendo de manifiesto la necesidad de un nuevo Código penal que permita una configuración acabada, libre de contradicciones y disfunciones, de este ámbito.

1. BIEN JURIDICO PROTEGIDO Y EPIGRAFE DEL TITULO

La reforma de 1989 ha procedido por medio de la modificación del epígrafe del Título IX a una correcta identificación del bien jurídico protegido: Los delitos "contra la honestidad" pasan a denominarse "contra la libertad sexual".

Como he tenido ocasión de manifestar en otro lugar (1), en estos delitos se protege básicamente el libre ejercicio de la sexualidad a tenor de la concepción global que cada individuo sustente, lo que, visto desde la perspectiva defensiva propia de la función protectora del Derecho penal, supone que se han de penar conductas que involucran a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad, sea porque se actúa en contra de ésta, sea porque no se da a la persona la oportunidad de decidir, sea porque estamos ante alguien

(1) Véase Díez Ripollés, "La protección de la libertad sexual", Bosch, 1985, pp. 15-29.

que aun no tiene la capacidad para decidir o no la va a tener nunca.

En este sentido, la reforma de 1989 no es más que un paso ulterior y consecuente con las opciones asumidas en las reformas de 1978, cuando se suprimen los delitos de adulterio y amancebamiento y se modifican los delitos de estupro y raptó (2), y en 1988, en que, como veremos más adelante, desaparecen los delitos de escándalo público sustituidos por los de provocación sexual.

La propia reforma de 1989 que estamos estudiando corrobora esa decisión al sustituir la referencia al término "deshonestos" en los delitos de "agresión sexual", antes denominados de "abusos deshonestos", y en diferentes lugares de los tipos de prostitución (3) donde, además, se rebaja el límite de edad del sujeto pasivo para ajustarse mejor a los límites que nuestro ordenamiento jurídico establece de cara a la actuación en libertad.

Si ya antes podía decirse que el concepto de libertad sexual era la idea más expresiva de este Título (4), esta reforma estimo que despeja cualquier duda al respecto. Desaparecidos los delitos de escándalo público en 1988, ya sólo restan como disfuncionales, aunque un poco menos desde 1989, los tipos de prostitución, único sector del Derecho penal sexual que no ha sido objeto de una reformulación tras la instauración de la democracia. En cualquier caso, son figuras en su mayoría susceptibles de interpretación a tenor del bien jurídico de la libertad sexual, lo que sólo tropieza con problemas en algunos supuestos: Singularmente el art. 452 bis d), ciertas hipótesis del 452 bis a) 1º y las menciones

(2) Lo que sucede por las Leyes 22/1978 de 26 de Mayo y 46/1978 de 7 de Octubre.

(3) Se sustituyen las menciones a "deseos deshonestos" por la de "deseos sexuales" en los arts. 452 bis a) 2º y 452 bis b) 2º.

(4) Véase Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 18-22.

a "corrupción", "tráfico inmoral" y "casas o lugares de vicio" (5).

El que perduren preceptos marginales, referidos total o parcialmente a un bien jurídico distinto, es nota común a otros lugares del Código, y no es motivo, al igual que la peculiar insistencia con que pugnan por introducirse en los delitos sexuales determinados contenidos morales, para dejar de considerar estos delitos como vinculados a la protección de la libertad sexual (6).

No obstante, algunos autores han manifestado ciertas reservas a la introducción del epígrafe que estamos estudiando. Así, Muñoz Conde afirma (7) que la referencia a la libertad sexual respecto a menores y enajenados es improcedente, ya que no se puede proteger una libertad que no se tiene, a lo más se protegería una libertad sexual futura o la falta de libertad. En realidad en estos supuestos lo que se protege es la indemnidad o intangibilidad sexuales, bienes que van más allá de la libertad sexual y que expresarían un consenso cultural sobre la necesidad de mantener alejados del ejercicio de la sexualidad a estas personas, por más que eso admita graduaciones en función de la edad y el nivel de enajenación; las razones que explicarían esa opinión social serían de difícil identificación, constituyendo una mezcla de pronósticos pedagógicos discutibles, sentimientos, tabúes y otros datos con frecuencia poco racionales.

Tampoco las nuevas figuras de provocación sexual responderían al bien jurídico de la libertad sexual: La introducción del término "obsceno" en relación a la exhibición implica añadir a ésta un contenido moral que superaría el concepto de libertad sexual, connotación moral que también

(5) Véase Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 19-20.

(6) Véase Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 20, 23-24.

(7) Véase Muñoz Conde en Muñoz Conde-Berdugo-García Arán, "La reforma penal de 1989", Tecnos, 1989, pp. 19-30; del mismo, "Derecho penal. Parte especial", 8ª Edición, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 381-388.

se aprecia en el concepto de pornografía, sin mencionar la sesgada consideración psiquiátrica del exhibicionismo, exclusivamente referido al varón; estos aspectos dificultarían la orientación individualizadora que sin duda apuntan el propio concepto de "provocación sexual" y la exigencia de denuncia en los adultos. Considera asimismo tipos que en realidad están desaprobando una determinada forma de ejercicio de la sexualidad a los arts. 452 bis a) 1º y 452 bis d), además de al estupro incestuoso (8).

En conclusión, sostiene este autor que debe seguir hablándose de delitos contra la moral sexual, al no ser la libertad sexual ni el único ni siquiera el más importante de los bienes jurídicos del Título; bajo la moral sexual social se cobijan, junto a ataques a la libertad sexual stricto sensu, otros a bienes jurídicos distintos o no exactamente coincidentes, también dignos de protección penal. La nueva rúbrica del Título pasa a ser una mera directriz político criminal a utilizar como pauta en la interpretación de los tipos, en cuanto un incremento en su afección aumentará el merecimiento de pena (9).

(8) Señala igualmente el autor que los delitos básicos contra la libertad (amenazas, coacciones) sólo resultan subsidiarios de los delitos sexuales en aquellos casos en que el medio comisivo es la violencia o intimidación, lo que sólo sucede en unas pocas hipótesis. Ello demostraría que en los delitos sexuales el bien jurídico de la libertad sólo posee de manera muy limitada esa autonomía sustancial que obligaría a acudir a los tipos básicos contra la libertad cuando no se diera el tipo específico.

(9) Sin embargo el mismo Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 416-417 afirmará más tarde, al referirse a los delitos de provocación sexual, que la moral sexual social no puede constituir un bien jurídico autónomo, siendo "una marca de referencia imprescindible en la interpretación de estos tipos", invirtiendo aparentemente su opinión sobre la relación libertad sexual-moral sexual social recogida en texto.

También Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, "Derecho penal español. Parte especial", 12ª edición, Dykinson, 1989, pp. 170-172 persisten en la consideración de la moral sexual como bien jurídico protegido, negando que la libertad sexual explique ciertas formas de estupro, el escándalo público (sic) y los delitos relativos a la prostitución en los que el sujeto consiente libre y conscientemente.

Discrepo de las afirmaciones anteriores. Por lo que respecta a menores y enajenados, una adecuada interpretación del concepto de libertad sexual permite integrar en él sin dificultades tales supuestos: Con el concepto de libertad sexual no debe aludirse a la facultad subjetiva de la persona de ejercer la libertad sexual que ya posee, sino al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad; este último concepto de libertad sexual exige prohibir todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar insertas en una situación carente de libertad, lo que será el caso de menores y de enajenados en determinadas circunstancias, y constituirá una de las tres variantes de ataque a la libertad sexual que hemos mencionado al comienzo de este apartado (10).

Esta integración de los tipos referidos a menores y enajenados en el ámbito del bien jurídico de la libertad sexual, con sus correspondientes efectos en la labor interpretativa, permite profundizar en la adecuación de los delitos sexuales a los postulados propios de una sociedad pluralista, y no resulta obstaculizada por el hecho de que pretendidamente persistan en torno a estos comportamientos determinadas referencias morales o ciertos pronósticos pedagógicos discutibles: Todos ellos no deben hacer desaparecer el punto de referencia fundamental, sin olvidar que en muchos casos esos componentes adheridos en realidad no son más que referencias genéricas, en ocasiones cuestionables, a la ratio legis de estos preceptos, que no son privativas de

(10) Por lo demás, los creadores o introductores de los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales en España lo han considerado como un concepto complementario, cuando no una variante, del de libertad sexual, necesario en la medida en que se parte de un concepto demasiado estricto de ella, y se han apresurado a despojarlo de componentes moralizadores y a rechazar consecuentemente su integración en el concepto de moral sexual. Véase más extensamente Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 24-29. Parece ignorar este hecho Berdugo Gómez de la Torre, "Anotaciones a la reforma del Código penal de 1989", en *Jornadas de Psiquiatría forense*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 156.

estos delitos, y que en cualquier caso no pueden identificarse con el bien jurídico protegido al que finalmente dan lugar (11). Por lo demás, la reciente introducción de la expresión "abusare de su enajenación" en la violación, y en la agresión sexual correspondiente, introduce un verbo sólo precisable a tenor del grado de libertad del sujeto.

Por lo que se refiere a las conductas de provocación sexual y prostitución, el mantenimiento de elementos típicos con componentes moralizadores o formulaciones típicas aisladas abarcadoras de conductas difícilmente comprensibles desde la perspectiva de la libertad sexual constituye sólo una característica residual de estos tipos: Los delitos de provocación sexual son perfectamente comprensibles como atentatorios a la libertad sexual en la medida que se involucra a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad o sin darle la oportunidad de manifestar ésta, o sin atender a su capacidad de decisión; la presencia de restos moralizadores, como el término "obsceno" y algún otro que veremos más adelante no altera una interpretación como la propugnada, avalada por la mayoría de los elementos típicos (12). A su vez, casi todos los tipos de prostitución admiten

(11) Una cosa son las razones que han llevado a la instancia legítima para ello a seleccionar y delimitar determinados bienes jurídicos a proteger por el Derecho penal, razones que, surgidas en último término de la sociedad, están constituidas por una pluralidad de factores entre los que pueden jugar un papel, indeseable, pretensiones morales e incluso irracionales, además de fines pedagógicos, y otra cosa es el bien jurídico finalmente elegido y delimitado al que tales reflexiones dan lugar. Sobre la distinción entre *ratio legis* y bien jurídico protegido, véase Cobo del Rosal-Vives Antón, "Derecho penal. Parte general", 3ª edición, Tirant lo Blanch, 1990, p. 250; Díez Ripollés, "El Derecho penal ante el sexo", Bosch, 1981, p. 105.

(12) El concepto psiquiátrico de exhibicionismo está vinculado a la realización de la conducta por los varones en la medida en que los efectos pretendidos por el autor, de temor y alarma entre otros, sólo se suelen producir en nuestra sociedad cuando se trata de un varón. Tal condicionamiento social no tiene nada que ver con una pretendida consideración moralizadora de este comportamiento, por más que desde una perspectiva no psiquiátrica, sino jurídica penal, tal diferencia de sexos no está justificada.

una interpretación total o parcial desde la libertad sexual; existen con todo elementos o configuraciones típicas, aunque ya menos desde la última reforma, en los que no se puede decir tal cosa; ello no debe alterar su consideración global, aunque sí urgir a que se realice la pendiente reforma de este grupo de delitos (13).

Para terminar con este autor, no deja de sorprender que se rechace la libertad sexual como bien jurídico protegido de modo fundamental en estos delitos y sin embargo se abogue por ella como pauta interpretativa y de graduación del merecimiento de pena de todos estos tipos, pues ambas son funciones genuinas de todo bien jurídico (14).

El resto de la doctrina que se ha ocupado de esta problemática tras la reforma enjuicia favorablemente la modificación del epígrafe, por considerar que enuncia correctamente el bien jurídico protegido exclusiva o fundamental-

En cuando a la pornografía, aun siendo un concepto complejo y difícil, puede entenderse perfectamente desde una perspectiva básicamente desligada de connotaciones moralizadoras. Sobre todos estos conceptos véase extensamente Díez Ripollés, "Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras", Bosch, 1982, pp. 225-242, 260-265, 277-297, y en especial, 387-402.

(13) Que el estupro incestuoso permite, y aun exige, una interpretación ligada al especial ataque que produce a la libertad sexual de la víctima creo haberlo razonado convincentemente en Díez Ripollés, "La protección de la libertad sexual", *op. cit.*, pp. 93-96.

(14) A no ser, respecto al merecimiento de pena, que se estime que el injusto se configura inicialmente al margen de él, lo que no es aceptable.

Por otra parte, la objeción relativa a la desconexión de la mayoría de estos delitos de los restantes delitos contra la libertad se debe a la especial vinculación del ámbito vital al que aluden con la autorrealización personal, lo que explica que las modalidades comisivas vayan más allá de las violentas o intimidatorias. En cualquier caso, todas las modalidades comisivas adicionales van referidas a atentados a la libertad. Sobre ésta y otras peculiaridades que aconsejan un tratamiento específico de estos delitos frente a los delitos contra la libertad, véase Díez Ripollés, "La protección de la libertad sexual", *op. cit.*, pp. 23-24.

mente, haciéndose en ocasiones objeciones de menor entidad (15).

(15) Mantiene una concepción sustancialmente idéntica a la aquí defendida De Vega Ruiz, "Los delitos contra la libertad sexual en la Ley orgánica 3/1989 de 21 de Junio". La Ley. 11 de Mayo de 1990, pp. 1-3. Se congratula de la decisión tomada por el legislador, Bustos Ramírez, "Manual de Derecho penal. Parte especial. I", Akal, 1990, pp. 200, 202. Para Bajo Fernández, "La actualización del Código penal de 1989", Ed. Centro de estudios Ramón Areces, S.A. 1989, p. 31, dada la, según él, existente unanimidad doctrinal y jurisprudencial respecto a que el bien jurídico en estos delitos era la libertad sexual, no están incluidos; a todo ello cabe alegar que tal unanimidad ni existía ni acabamos de ver que exista, que el rufianismo es ante todo un atentado contra la libertad sexual sin que ello suponga menospreciar su contenido patrimonial, y que sin duda hay numerosas conductas típicas con componentes sexuales pero colocados éstos a un nivel secundario dentro del injusto o merecedores de consideración fuera de él.

Para Boix-Orts-Vives, "La reforma penal de 1989", Tirant lo Blanch, 1989, pp. 136, 139-140 la introducción de la referencia a la libertad sexual se valora positivamente por aludir al bien jurídico más importante y suprimir la carga de moralidad del anterior epígrafe, por más que éste no sea, o no sea el único, bien jurídico en los delitos de provocación sexual, raptó y algunos delitos relativos a prostitución, añadiendo en otro lugar que, respecto a menores, enajenados y privados de sentido, no procede la alusión ni a la libertad sexual ni a la indemnidad, lo primero porque no la pueden ejercer y lo segundo porque va referido a todo tipo de personas, protegiéndose en realidad el interés estatal de preservar la intimidad de esas personas de injerencias abusivas. A ello cabe alegar, en primer lugar, que, como hemos visto, las figuras delictivas que no encajan en la libertad sexual son menos y en menor medida de lo que sostienen, estando, por lo que respecta al raptó, ante una figura que sería más conveniente integrar en los delitos contra la libertad en general pero que en cualquier caso no presenta más que un problema de escaso calado dada la cercanía conceptual y conexión típica de los bienes jurídicos en cuestión; en segundo lugar, ya hemos expuesto nuestras razones para conectar los tipos de menores y enajenados a la libertad sexual, razones que en relación con los privados de sentido nos parecen aún más evidentes de cara a su inclusión en la segunda modalidad de atentados a la libertad sexual al comienzo de este apartado enumerada; en cualquier caso resulta difícil de comprender por qué se asigna una titularidad estatal al bien jurídico "intimidad", aparte de que la

2. EL DELITO DE VIOLACION

2.1. Sujeto activo

La reforma ha sustituido la expresión de "yaciendo con una mujer" por la de "el que tuviera acceso carnal con otra persona". La nueva dicción legal abarca como sujeto activo tanto al hombre como a la mujer, y así lo ha entendido una buena parte de la doctrina (16). Con ello se ha dado satisfacción a las demandas de inclusión de la mujer como sujeto activo, formuladas por la mayor parte de la literatura científica anterior a la reforma, que ya había puesto de manifiesto la factibilidad de tales comportamientos, su equiparación valorativa con la conducta en que el sujeto activo es varón así como la inaceptable imagen de la mujer que latía en la restricción anterior, su incongruencia con la regulación del estupro, y el atentado que suponía al principio constitucional de igualdad (17).

Sin embargo un apreciable sector doctrinal estima que la nueva dicción legal excluye, o permite excluir, a la mujer del ámbito de sujetos activos en este delito (18). Sus argumentos no me parecen convincentes: La alegación de que el tipo utiliza el pronombre masculino "el que" (19) pasa

misma razón que lleva a estos autores a desprenderse del concepto de "indemnidad" sirve para prescindir del de "intimidad".

(16) Véase Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 178; Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 141-144; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 20; De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 5.

(17) Véase un análisis detenido de la cuestión y de las opiniones doctrinales anteriores a la reforma en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 36-40.

(18) Véase Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 31-32; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 389-390; Bajo Fernández, "La actualización...", *op. cit.*, pp. 33-34; Rodríguez Ramos, "Manual...", *op. cit.*, p. 204.

(19) Véase Muñoz Conde, *Ibidem*, pp. 31 y 389 respectivamente; Berdugo Gómez de la Torre, *op. cit.*, p. 158.

por alto que esa es una práctica habitual en un gran número de figuras delictivas del Código sin que nadie piense en limitar el sujeto activo al hombre, y que si se le quisiera atribuir un significado especial en los delitos sexuales habría que realizar tal restricción de sujetos activos también en las conductas sexuales provocadoras, en los delitos de prostitución e incluso en las agresiones sexuales vinculadas a los delitos de estupro, en los que se utiliza la misma técnica; por lo demás, sería una conclusión apresurada el deducir tal restricción de que en el estupro se utilice el término "persona".

El más frecuente argumento de que el concepto de "acceso carnal" no permite incluir las conductas en que el sujeto activo sea una mujer, dándose a entender que la penetración la tiene que realizar materialmente el sujeto activo (20) supone una interpretación limitada, a mi juicio injustificada, de las conductas de autoría material aun si se parte de la tesis de que estamos ante delitos de propia mano, sin olvidar que habrá casos en que la penetración la realizará materialmente la mujer a no ser que exijamos adicionalmente que el sujeto activo tiene que realizar la penetración de *su* miembro viril; con razón señalan algunos autores que acceso carnal no es equivalente a "penetración llevada a cabo por el sujeto activo" sino a "acoplamiento que se plasme en que el órgano genital masculino resulte introducido en una de las tres cavidades señaladas, con independencia del sexo del autor" (21).

Por otra parte, una interpretación tan restrictiva, que dejara fuera, por así decirlo, el aspecto "receptivo" de una

(20) Así Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 204; Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 33-34, quien añade que en tales casos nuestra cultura impide también valorar esas conductas como "agresión sexual" y atentado a la libertad sexual con acometimiento. Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 31, por más que en un trabajo posterior, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 389 matiza esa opinión dejando reducida la cuestión fundamentalmente a un problema valorativo políticocriminal; Berdugo Gómez de la Torre, *op. cit.*, p. 158.

(21) Así se expresan Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 143.

relación sexual bilateral podría tener un efecto expansivo muy negativo en otros tipos sexuales, por ejemplo en relación con la exigencia de "contacto corporal" en los delitos de agresión sexual, y no explica por qué no se ha defendido la misma interpretación en relación con el estupro (22). Por otra parte, discrepo de la tesis que sostiene que en cualquier caso merece una distinta valoración, y una consiguiente menor pena, el penetrar que el hacerse penetrar (23), distinción que, además de ser incoherente con una concepción igualitaria del ejercicio de la sexualidad por ambos sexos, exigiría, si se fuera consecuente, aplicarse igualmente a los supuestos de homosexualidad masculina y no sólo a los de sujeto activo femenino (24).

2.2. Sujeto pasivo

La doctrina unánimemente reconoce que con la actual redacción puede ser sujeto pasivo tanto una mujer como un hombre, lo que se valora positivamente y concuerda con

(22) Sobre la opinión doctrinal casi unánime, con la excepción de Rodríguez Ramos, de considerar posible sujeto activo del estupro a la mujer, véase Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 68-69.

La insinuación de Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 390 de que la inclusión de la mujer como sujeto activo en el estupro se debe a la pretensión de no dar lugar a una laguna de punibilidad, problema que no se daría en la violación dada la redacción del correspondiente delito de agresión sexual, no responde a la realidad pues no habría obstáculo para insertar también tales supuestos en el delito de agresión sexual correspondiente a los estupros.

La opinión de Bajo Fernández, antes recogida, sobre lo que sea "agresión sexual" y atentado a la libertad sexual con acometimiento, es incoherente con una concepción igualitaria del ejercicio de la sexualidad por ambos sexos.

(23) En ese sentido sin embargo, Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 389-90.

(24) Capta ese último aspecto, sin pronunciarse, Muñoz Conde, *Ibidem*. Objeciones muy parecidas suscita la tesis de Bajo Fernández, antes citada, sobre lo que culturalmente se considere "agresión sexual" y atentado a la libertad sexual con acometimiento.

lo que la doctrina venía pidiendo (25), por más que subsisten algunas posturas minoritarias que prefieren una diferenciación de tipos, e incluso de penas, entre la violación consistente en acceso vaginal de hombre con mujer, y los restantes supuestos (26).

2.3. Acción típica

La reforma ha sustituido el término "yaciendo con una mujer" por el de tener "acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal". Con ello se amplía considerablemente la acción típica, incluso más allá de lo que hasta entonces venía considerándose en el estupro, en el que el término "acceso carnal" se estimaban que incluía la vía vaginal y anal, pero no la bucal.

De todos modos, la mejor doctrina ha recordado que requisito mínimo para poder hablar de "acceso carnal" es la existencia de una "penetración sexual". Por ella no debe entenderse cualquier contacto corporal que implique introducción de una parte del cuerpo en alguno de los orificios corporales de la otra persona mencionados, sino que implica exclusivamente la introducción del órgano genital masculino por cualquiera de esas tres cavidades corporales. De lo contrario se produciría una ampliación desmesurada del tipo, aparte de quedar en buena parte desprovisto de contenido el art. 430. Con ello, entre otras conductas, quedan fuera las relaciones lesbianas (27).

(25) Véase por todos, Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 388-389; Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 141-143. Sobre la situación doctrinal anterior a la reforma, véase Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 36-40.

(26) Así Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 32-33; Alonso de Escamilla, "El delito de violación: La conducta típica", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1989, pp. 583, 585-586, 588-589. Aparentemente también, Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 203 nota 4.

(27) En esa línea, de modo especialmente claro, Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 140-145, pero también, Rodríguez Ramos, *op. cit.*, pp. 203-204;

La equiparación del acceso carnal vaginal al anal ve-
nía siendo demandado por una buena parte de la doctrina
antes de la reforma, con argumentos como su idéntica valo-
ración por la sociedad, su similar configuración material, y
su equivalencia en significado al coito vaginal en las relacio-
nes homosexuales masculinas (28), por lo que no ha de ex-
trañar la conformidad de parte de la doctrina con la reforma
en este punto (29), conformidad que yo comparto. No obs-
tante, hay un sector doctrinal que piensa que no deberían
haberse equiparado ambos accesos carnales, proponiendo
en todo caso una consideración separada de los accesos va-
ginales por un lado, y los anales por otro (30).

La práctica totalidad de la doctrina ha valorado ne-
gativamente la incorporación del acceso carnal por vía oral
o felación a los supuestos de violación (31). Comparto la
misma opinión:

Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 20; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*,
p. 178; Alonso de Escamilla, *op. cit.*, pp. 589-590.

(28) Véase una panorámica doctrinal al respecto, con referencia
asimismo a diversos y discutibles intentos doctrinales de llegar a tal solu-
ción ya de lege lata, en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 40-44.

(29) Así Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 32; del mismo,
"Derecho penal...", *op. cit.*, p. 390; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 20; De Vega
Ruiz, *op. cit.*, pp. 4-5.

(30) Véanse con diversidad de posturas, Bajo Fernández, *op. cit.*,
p. 33; Alonso de Escamilla, *op. cit.*, pp. 583, 586, 589; Rodríguez Devesa-Ser-
rano Gómez, *op. cit.*, pp. 177, 178; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 203 nota 4.

(31) Así Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 32-35; del
mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 390-391; Boix-Orts-Vives, *op. cit.*,
pp. 140-145; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 204 nota 9; Bustos Ramírez, *op.*
cit., p. 20; Alonso de Escamilla, *op. cit.*, p. 589; Rodríguez Devesa-Serrano
Gómez, *op. cit.*, pp. 177-178; Berdugo Gómez de la Torre, *op. cit.*, p. 158;
Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 33 critica la inclusión en el mismo precepto del
acceso carnal vaginal de los restantes accesos carnales, por más que podría
aceptar una misma gravedad de pena. Solamente De Vega Ruiz, *op. cit.*, pp.
4-5 se ha pronunciado hasta el momento a favor de la actual redacción en
este punto.

A las posturas contrarias a la inclusión de este supuesto de acceso
carnal hay que añadir las existentes, de forma unánime, antes de la reforma.
Véase un análisis de ellas en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp.
42-43.

Ante todo, tal equiparación contradice, aunque pudiera parecer a primera vista lo contrario, la igualdad de trato entre la sexualidad masculina y la femenina que sin duda pretende la reforma, pues se sigue otorgando un papel valorativamente predominante a todo contacto corporal en el que intervenga el pene: Así, el equivalente femenino de la felación tanto en relaciones heterosexuales como homosexuales, esto es, el cunnilingus, se incluye en el delito de agresiones sexuales, y no en el de violación; del mismo modo, la homosexualidad femenina, en ninguno de sus comportamientos y a diferencia de la masculina, puede incurrir en el tipo de violación (32). En segundo lugar, se tratan de forma idéntica conductas que no lo son desde un punto de vista valorativo: Mientras resulta fácil aceptar que el coito anal es equivalente al vaginal por las razones antes dichas, en la felación no concurren éstas, no pasando de ser una de las más relevantes hipótesis de masturbación, a incluir entre las agresiones sexuales (33).

A su vez se tratan con menor rigor conductas más graves, o cuando menos equiparables: Como lo son todas las contenidas en el nuevo subtipo agravado del art. 430, o determinadas penetraciones por las otras vías realizadas con otros miembros del cuerpo distintos al pene o que conlleven desfloración... (34).

Por otra parte, las dificultades interpretativas de cara a la consumación van a ser numerosas: No creo que, a diferencia de en los otros accesos, deba exigirse la eyaculación,

(32) En esa línea también Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 143-144.

(33) Véase más ampliamente sobre ello la doctrina contraria a esta ampliación, supra citada. Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 20 habla de que "se advierte una tendencia absurda a comprender en la violación el acceso carnal por cualquier cavidad corporal".

El propio De Vega Ruiz, *Ibidem*, partidario de esta ampliación, ha de reconocer que "por el común de las gentes" se considera a la violación como sinónimo de "prácticas sexuales vaginal y anal e incluso, de forma más distante ciertamente, bucal".

(34) Así también Muñoz Conde, *Ibidem*.

como opina algún autor atendiendo a la menor dificultad de la penetración en estos supuestos frente a los restantes (35), sino que bastará con una introducción relevante en la cavidad bucal (36); pero eso va a plantear graves problemas de precisión dada la mayor versatilidad de esta cavidad frente a las otras (37), y en cualquier caso dejará incomprensiblemente fuera las hipótesis, también calificables socialmente de felación, en que la lengua del receptor se anticipa a la entrada del miembro viril en la cavidad bucal. A todo lo anterior deben añadirse las dificultades de prueba de esta conducta en general, incluida la decisiva prueba pericial, dado el difícil hallazgo de evidencia material (38).

Algún autor se ha atrevido a expresar lo que estaba en la mente de muchos: La tipificación como violación del acceso bucal a lo que va a llevar en la práctica es a su despenalización pues, dada la desmesurada pena de la violación y la actitud reacia de los tribunales a aplicar esa pena a la ligera, cuesta pensar que se dicte alguna sentencia condenando tal conducta con penas de prisión que van de 12 años y un día a 20 años (39).

Aunque nunca debe de utilizarse como argumento decisivo, no debe olvidarse que estamos ante una regulación que, en su rotundidad indiscriminada, carece de precedentes en Derecho comparado (40). Con buena voluntad podría

(35) Así Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 33.

(36) Así Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 144-145. De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 5 dice que la violación en los casos de acceso bucal "será de más difícil consumación por razones que nos resultan obvias"; modestamente yo no veo tal obviedad, pues el problema no reside en su dificultad sino justamente en lo contrario.

(37) Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 145 exigen que el pene traspase los labios.

(38) Así Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 33; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 391.

(39) Así se expresa Alonso de Escamilla, *op. cit.*, p. 589.

(40) Como recuerdan Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 136-138; Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 34.

entenderse como una expresión deformada y caricaturesca de una reciente tendencia político criminal, digna de reflexión, por medio de la cual se pretende superar la excesiva vinculación del Derecho penal sexual a la genitalidad: Para ello se propone crear un tipo de agresión sexual que no distinga, al menos desde un principio, en función de si en la acción ha intervenido de modo directo el órgano genital de la víctima, del agresor, o de ambos, propuesta que encontró acogida en algún proyecto italiano (41).

Un último tema merece especial consideración: Las repercusiones que el concepto amplio de "acceso carnal" de la violación puede originar en el mismo término utilizado en relación con el estupro. El sector doctrinal que se ha apercebido del problema, aun adoptando una actitud reticente, llega en principio a la conclusión de que la nueva redacción de la violación obliga a incluir la vía bucal en el concepto de acceso carnal del estupro (42). A mi juicio, sin embargo, cabe una interpretación restrictiva del concepto de "acceso carnal" en el estupro: Cabe aceptar la presencia de dos conceptos de acceso carnal, uno amplio y otro estricto, de modo que deba aplicarse sólo el primero cuando así se diga expresamente, lo que sólo sucede en la violación. Ello sería coherente con la menor gravedad del atentado a la libertad sexual que implican las conductas de estupro frente a las de violación, lo que impediría en correspondencia incluir lo que, todo lo más, es un acceso carnal de menor entidad, como la felación, en el estupro. De este modo se evitaría extender el grave error político criminal cometido en la vio-

(41) Véase una descripción de esa propuesta en tal Proyecto, así como otros textos de Derecho comparado sobre la violación en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 61-64. Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 34 observa algunas dificultades con las que podría tropezar tal propuesta político criminal.

(42) Así Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 142; Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 35; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, pp. 213-214.

lación más allá incluso de lo que sus apresurados e irreflexivos promotores imaginaron (43).

2.4. La configuración de la voluntad en los enajenados

La reforma ha sustituido, en la segunda variante comisiva en función de la afección a la voluntad de la víctima, el término "privada de razón" por el de "se abusare de su enajenación", en lo que ha merecido los parabienes de la mayor parte de la doctrina (44). La actual terminología había sido introducida en el Proyecto de 1980 y se mantuvo en la Propuesta de anteproyecto de 1983, siendo objeto de numerosos apoyos por la doctrina anterior a la reforma (45).

En efecto, la utilización del término "enajenado" tiene la ventaja de cerrar el paso a interpretaciones jurisprudenciales, bastante frecuentes, que utilizando un concepto amplio de "privada de razón", incluían supuestos de debilidad mental e imbecilidad leve. Ahora parece claro que el punto de referencia es el concepto que se utilice en el art. 8 1º inciso primero, lo que, además de restringir las hipótesis, dará

(43) Muñoz Conde, en un escrito posterior al acabado de citar, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 407-408, llega por razones similares a una interpretación igualmente restrictiva, que deja fuera del estupro el acceso bucal, aunque no deja de resaltar ciertas incongruencias que se producen, y que en último término, opino, deben atribuirse a la defectuosa formulación de la violación. También Rodríguez Ramos, *op. cit.*, pp. 213-214 intenta hacer alguna restricción, concluyendo, a mi juicio con poco fundamento, que en el estupro fraudulento sólo cabe el acceso vaginal "mientras no se invente otro engaño diverso a la promesa de matrimonio", aceptando los tres accesos carnales en el estupro de prevalimiento.

(44) A favor de la modificación están Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 35-37; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 394-396; Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 146-147; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 207; Berdugo Gómez de la Torre, *op. cit.*, pp. 153-158. En contra De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 4.

(45) Véase un análisis de ello en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 48-53.

más homogeneidad valorativa al Código (46). Por otro lado, no creo precisa una interpretación extensiva que permita incluir los supuestos de trastorno mental transitorio, como proponen algunos autores (47), ya que tales hipótesis caben perfectamente en la variante de privación de sentido y no precisan ninguna referencia al abuso.

La nueva fórmula no se agota en lo anterior, sino que exige un efectivo "abuso" de la situación de enajenación. Ello implica, correctamente, un análisis de la persona concreta en la situación concreta a la luz de su capacidad para comprender el significado y alcance de su conducta y de obrar de acuerdo a ello, con lo que se eluden procederes subsuntivos apresurados que se conforman con la genérica caracterización psiquiátrica asignada a la víctima (48). El límite mínimo de estas hipótesis vendrá constituido por los supuestos de prevalimiento, lo que no debe llevar a pensar que éstos son los únicos casos contemplados (49). La inclusión de casos de prevalimiento en el ámbito de la violación, cuando parece que su lugar es el estupro, resulta aceptable dado el continuum valorativo que se produce entre violación y estu-

(46) Véase respecto a esa remisión al art. 8.1 los autores citados en las dos notas últimas, además de Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 181. De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 4 lamenta la restricción producida, por más que, opina, no se debe aceptar a ultranza el criterio amplio hasta ahora mantenido por la jurisprudencia.

Para Boix-Orts-Vives, *Ibidem*, el nuevo término permite también una correcta ampliación al facilitar la inclusión de trastornos volitivos.

(47) Así Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 37; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 396; Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 147.

(48) Sobre la conveniencia de la precisión introducida con el término "abuso", véase Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 49-51. Además Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 147; Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 36-37; del mismo: "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 394-395; Berdugo Gómez de la Torre, *op. cit.*, pp. 156-158. Estimo que es en este término, y no en el de enajenación, donde debe localizarse la correcta alusión de Muñoz Conde, *Ibidem* a que el sujeto debe estar específicamente afectado en su capacidad para autodeterminarse sexualmente.

(49) Como podría pensarse que es la opinión de Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 147; Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 37; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 395.

pro por lo que respecta a la configuración de la voluntad de la víctima (50).

La principal consecuencia positiva de la nueva regulación es que no veda a las personas psíquicamente anormales el ejercicio de su sexualidad si poseen capacidad para ejercitarla en libertad, eliminando la injusta situación anterior de práctica prohibición de su ejercicio a no ser que se realizara solitariamente o con personas de sus mismas características (51). De hecho, la situación resultante da lugar a un tratamiento diferenciado respecto a los antes considerados privados de razón: Se les dispensa la protección normal cuando se trata de personas psíquicamente anormales que no merecen el calificativo de enajenadas, y se da una protección específica cuando merezcan tal calificativo.

2.5. Insuficiencias en la reforma del delito de violación

No podemos cerrar este apartado sin aludir a ciertos problemas de urgente resolución en este ámbito, y que la reforma ha pasado por alto.

En primer lugar, sigue produciéndose una injusta laguna en los casos en los que existe incapacidad física para resistir y que no caben en ninguno de los supuestos actualmente existentes (52).

(50) Véase Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 52-53. A favor de acercar este tipo al de estupro, tras la reforma, Berdugo Gómez de la Torre, *op. cit.*, pp. 157-158.

(51) Destacan también esto Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 146; Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 36-37; del mismo, "Derecho...", *op. cit.*, p. 395; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 207; Berdugo Gómez de la Torre, *op. cit.*, pp. 153-159.

(52) Véase sobre este problema Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 44-46. Recuerda tras la reforma esta laguna Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 37; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 396, e intenta colmarla de lege lata.

No estoy seguro de que la inseminación artificial en las condiciones de afección a la voluntad de la víctima propias de la violación deba ser caracterizada desde la perspectiva de la libertad sexual, como afirma Bajo

Tampoco se han producido las modificaciones necesarias para atender a las lagunas de autoría resultantes de la extendida concepción de esta figura delictiva como poseedora de una estructura típica de delito de propia mano (53).

De modo especial se ha hecho caso omiso de las insistentes peticiones doctrinales de que se rebaje la pena del delito de violación para que resulte proporcionada con la que se impone en otros delitos de mayor gravedad. Mientras no se haga tal cosa, cualquier decisión político criminal sobre la configuración del delito de violación estará lastrada por ese punto de llegada (54).

Fernández, *op. cit.*, p. 34, proponiendo su inclusión. A mi juicio estamos ante una conducta que deberá integrarse entre los ilícitos penales que deberán crearse próximamente en torno a los más graves abusos derivados de las posibilidades que ofrece la reproducción asistida y las técnicas de ingeniería genética.

(53) Véase extensamente al respecto Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 100-110.

(54) Sobre la generalizada petición de la doctrina en ese sentido antes de la reforma, véase Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 58-61. Tras la reforma insisten en el tema Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 33-34; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 391; Alonso de Escamilla, *op. cit.*, p. 589; Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 150-151; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 20; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 202; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 175.

No creo que, en cualquier caso, suponga una solución las propuestas existentes de graduar la penalidad según las diversas hipótesis de violación, alternativa que, como mal menor, recuerda Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 37. Véase mi postura contraria en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 59-61. Me parece extremadamente peligrosa, por el riesgo que contiene de que se filtren intensos contenidos moralizadores, la reciente propuesta, tendente a suavizar la situación actual, de Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 150-151 de crear un tipo atenuado en casos de provocación al acceso carnal por parte de la víctima: Tales supuestos deben resolverse en el marco de un análisis cuidadoso de la auténtica voluntad de la víctima.

3. LOS DELITOS DE AGRESIONES SEXUALES

3.1. Las conductas típicas básicas

Ante todo cabe señalar la desaparición del término "deshonestos" en la descripción de la conducta típica de ambas figuras delictivas, así como en la propia denominación de estos delitos: Ya no estamos ante "abusos deshonestos" sino ante "agresiones sexuales". Lo que se pretende, correctamente, es eludir todo término con connotaciones moralizadoras en la calificación y descripción de estas conductas y destacar la orientación decidida hacia la protección de la libertad sexual (55).

La formulación actual obliga a atribuir un papel decisivo, previo a ulteriores especificaciones, a la concurrencia de un comportamiento "sexual", lo que presupone claridad respecto a lo que deba entenderse por "acción sexual", concepto que, a pesar de constituir el presupuesto básico de todo el Derecho penal sexual, carece de una definición legal en nuestro Código, a diferencia de otras legislaciones. Tal noción, en cualquier caso, se hace especialmente necesaria en estos delitos, así como en los de provocación sexual, pues arribamos a un sector del Derecho penal sexual en el que se incide sobre comportamientos carentes de elementos objetivos específicos que excluyan por sí mismo toda equívocidad (56).

(55) Así, valorando positivamente la modificación, Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 37-38; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 399; Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 156; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 21; Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 34, por más que no ve la urgencia de ésta. Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 221 se limita a decir que se ha sustituido el término "complejo" de abusos deshonestos por el de agresiones sexuales. Sobre las demandas doctrinales en esa línea con anterioridad a la reforma, véase Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 118-126.

(56) He defendido reiteradamente la necesidad de introducir una definición legal de acción sexual, dadas la importancia y dificultades interpretativas que este concepto básico del Derecho penal sexual plantea a partir de un determinado momento en la formulación de las conductas típicas

Será acción sexual, por consiguiente, "toda acción en la que el autor, por medio de contenidos objetivos extremadamente variables, aspira a involucrar a otra persona en un contexto sexual". Ello permite, entre otras cosas, dejar fuera desde un principio, y en relación a todo el Derecho penal sexual, conductas con apariencia objetiva sexual pero realizadas con fines terapéuticos, científicos... (57), algo que resulta clarificador en figuras como las que estamos tratando.

La formulación típica, sin embargo, exige en estos delitos algo más que la realización de un comportamiento sexual. Además es preciso que se trate de una "agresión". Este término sustituye al anterior de "abuso" y ha sido objeto de valoraciones contrapuestas en cuanto a su oportunidad: Mientras que se le objeta el que parece pensar únicamente en las hipótesis en que se utiliza violencia o intimidación, olvidando las restantes, difícilmente encuadrables en el componente violento ínsito en la "agresión" (58), se le alaba su mayor precisión en la descripción de la conducta sexual abarcada (59).

de este sector. Véase extensamente al respecto, Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 249-259, 375-386; del mismo, "La protección...", *op. cit.*, pp. 121-126, 130-131, con referencias en ambos casos a Derecho comparado.

(57) Véase Díez Ripollés, *Ibidem*. Asumen literalmente este concepto de "acción sexual", Bajo Fernández, "Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil", Editorial Centro del estudios Ramón Areces S.A. 1989, p. 190; De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 6. Plantea el problema de la caracterización de lo que sea conducta sexual en estas figuras de un modo cercano al mío Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 38-39; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 399-400.

(58) Así Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 39; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 400; Alonso de Escamilla, *op. cit.*, pp. 588, 590.

(59) Así Muñoz Conde, *Ibidem*. De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 6 dice que el término es más expeditivo y contundente, dejando fuera las conductas meramente afectuosas. Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 223 se limita a decir que parece un concepto más fácil que el anterior, al que equivale en gran parte.

Desde mi punto de vista, es cierto que el término contiene una excesiva tendencia a vincularse a determinadas afecciones a la voluntad frente a otras, cosa que no sucedía con el "abuso", pero, aparte de que ello puede resolverse utilizando un concepto más abstracto de "agresión", quizás se está olvidando que ese término no tiene la función de describir la forma en que se afecta la voluntad, para la cual ya está la referencia expresa a las "circunstancias" de los artículos anteriores, sino el contenido específico de la acción sexual que afecta a aquélla. Y en este punto, desde luego, se ha avanzado muy poco, incluso, como vemos, fomentando errores sobre cuál deba ser el punto de referencia, desaprovechándose la ocasión para formular de modo correcto la acción típica (60), por lo que las pretendidas ganancias en precisión han sido pírricas.

De todos modos, la mayor rotundidad del término permite consolidar la tendencia doctrinal y jurisprudencial a exigir en todo caso la presencia de un contacto corporal (61). A favor de ello está también el dato reciente de que no se conecte acción típica y víctima con la preposición "ante", como significativamente ocurre en el delito de provocación sexual del art. 431 (62). Tales contactos corporales podrán

(60) Véase *infra* una propuesta en ese sentido, al margen de la delimitación de la conducta típica a partir de la redacción actual, que ahora sigue.

Considera igualmente que sigue sin conseguirse una auténtica descripción de la acción típica, De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 7.

(61) A ello se refiere Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 39; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 400. Apoyan tras la reforma de modo expreso la exigencia de contacto corporal, Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 152; Alonso de Escamilla, *op. cit.*, p. 590. Sobre la mayoritaria opinión doctrinal y jurisprudencial anterior a la reforma favorable a esta exigencia, véase Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 119-120, 123-124, y Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 223.

(62) Por el contrario Rodríguez Ramos, *Ibidem* afirma que el nuevo término permite incluir supuestos en que no se produce contacto físico, dado que el término "agresiones sexuales" no posee las connotaciones que tenía el término "uso", conectado al de "abusos deshonestos", y que llevaban a la necesidad de un contacto corporal. También acepta esa posibili-

consistir, tanto en los que realiza el sujeto activo sobre la víctima como en los que realiza ésta sobre aquél, supuestos que son indiscutidos.

Asimismo han de incluirse las hipótesis en que la víctima es determinada a realizar contactos corporales sobre sí misma: La opinión contraria de algunos autores, que llevan estos supuestos a las amenazas, coacciones, provocación sexual o ciertas conductas insertas entre los delitos de prostitución (arts. 452 bis a) y b) 2º) (63), no me parece convincente. En primer lugar, porque la hipótesis cabe perfectamente en el concepto de "agresión sexual" tal como lo venimos entendiendo. Además, el acudir a las coacciones o amenazas supone privar del contenido de injusto específico a conductas sexuales de mayor entidad que otras, como las de provocación sexual, que mantienen su especificidad; a su vez en los supuestos aludidos de los arts. 452 bis a) y b) 2º no se incluirán aquellos supuestos en los que se pretenden satisfacer deseos sexuales del propio sujeto activo; y recurrir al art. 431 supone dejar fuera las hipótesis en que no haya espectadores (recuérdese el término "ante") menores, deficientes, o adultos que no consientan. Por lo demás, y a salvo del art. 431, en todas las demás alternativas se rompe la estructura sistemática de punición de estas conductas (64).

dad De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 6. No comparto estas opiniones, por considerar injustificado el citado análisis de los términos, así como por ignorar la nueva significación de los arts. 431 y 432.

(63) Así Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 39; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 400; Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 152.

(64) Sólo una aceptación incondicional y expansiva de la naturaleza de estos delitos como de propia mano, lo cual es dogmáticamente discutible y político criminalmente indeseable (Véase al respecto Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 100-110), daría una cierta cobertura a la propuesta de los autores anteriores, aunque, si ese fuera el motivo, quizás también deberían dejar fuera del tipo las hipótesis de contacto corporal de la víctima sobre el sujeto activo, cosa que no hacen.

Acepta expresamente, tras la reforma, la inclusión de estas hipótesis, De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 6.

A mi juicio, también deben quedar comprendidas las conductas en que la víctima es determinada a realizar contactos corporales sobre un tercero o a soportarlos de él: Dada la vaguedad subsistente en la descripción de la acción típica cabe una interpretación extensiva en ese sentido, por más que la consideración de estos delitos como de propia mano impediría tal solución (65). En tal caso sólo quedará, efectivamente, la posibilidad de acudir a los arts. 452 bis a) y b) 2º, pero con importantes lagunas y disfunciones conceptuales y penales (66). Aquí se aprecia claramente lo lamentable que resulta que el legislador no haya optado por una redacción típica que deshiciera definitivamente la posibilidad de configurar estos delitos como de propia mano, lo que, además, es sorprendente siendo así que un año antes ya lo había hecho con los delitos de provocación sexual (67).

En cualquier caso no se incluyen, acertadamente, en estos tipos ni los contactos corporales del sujeto activo consigo mismo o con un tercero, obligando a la víctima simplemente a contemplarlos, ni las hipótesis en que la víctima es solamente obligada a exhibirse, sin determinarle a realizar contactos corporales sobre sí misma ni sobre el autor o un tercero, ya que en todos estos casos no se da el requisito del contacto corporal. Por lo general resultarán penados a través del art. 431, de provocación sexual (68).

(65) Se opone expresamente a su inclusión en el tipo Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 39; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 400. Se muestra explícitamente a favor De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 6.

(66) Véase el análisis de lo poco que pueden ofrecer estos preceptos para resolver el problema, en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 106-108.

(67) Véase infra.

(68) Véase, antes de la reforma, Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, p. 123-124. Rechaza, genéricamente, la inclusión de acciones exhibicionistas, Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 39-40; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 400.

Por el contrario, incluyen estos supuestos o alguno de ellos, Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 223; De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 6.

No deben exigirse requisitos objetivos posteriores. La pretensión de añadir como regla general que las maniobras táctiles tengan un inequívoco carácter sexual y que afecten a zonas erógenas de los cuerpos de los intervinientes (69), ignora la peculiar naturaleza de la acción sexual, antes aludida, y la versatilidad del cuerpo humano en este ámbito. Cosa distinta es que se exija a la agresión sexual en su conjunto una cierta magnitud y gravedad, lo que es procedente (70).

Estimo imprescindible que concurra un elemento subjetivo más allá del dolo, y que debe ser más específico que el contenido en el mismo concepto de acción sexual. Se tratará de la tendencia lasciva, es decir, de la tendencia a excitar o satisfacer el impulso sexual propio o ajeno. Ello permitirá dejar fuera acciones realizadas jocosamente, por venganza, por curiosidad, vejatoriamente... (71).

Tal interpretación es, a mi juicio, coherente con el segundo subtipo agravado del art. 430 en el que, en el plano subjetivo, a la tendencia lasciva habrá que añadir alguna de las tendencias acabadas de mencionar. También se compagina bien con la excesiva amplitud de las exigencias típicas objetivas en estas conductas, que aconseja una restricción del tipo a través de los requisitos subjetivos, cosa que no resulta precisa en los delitos de violación y estupro dado que en ellos el componente objetivo típico tiene la suficiente en-

(69) Así Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 152.

(70) Véase extensamente sobre esta exigencia, antes de la reforma, Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 126-128. Véase tras la reforma Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 40-41; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 401; De Vega Ruiz, *op. cit.*, pp. 6-7.

(71) Exigen también esta tendencia Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 152-153; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 224; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 196. Se oponen a ella Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 40; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 400-401, alegando problemas de prueba y su no exigencia por el texto legal, y proponiendo en casos dudosos acudir al análisis de la conducta objetiva en su contexto social y cultural; De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 6.

tividad y capacidad discriminatoria como para no exigir la tendencia lasciva (72). Asimismo tal exigencia subjetiva es concorde con la inserción sistemática de estas conductas, colocadas en cuanto a su gravedad entre las de violación y estupro, y las de provocación sexual, lo que aconseja, abandonada la seguridad del plano objetivo, hacerles unas exigencias subjetivas iguales o superiores a las de los delitos de provocación sexual; y en éstos, como veremos más adelante, la tendencia lasciva se exige con seguridad en la variante comisiva de los "actos lúbricos" y, muy probablemente, en la de "exhibición obscena" (73).

Sin duda esta interpretación supone dejar fuera del Derecho penal sexual las conductas sexuales sin tendencia lasciva, algo incorrecto, pero que es imputable a la defectuosa redacción típica de los delitos de provocación sexual (74).

La interpretación diferenciada que hemos defendido del concepto de "acceso carnal" en la violación y en el estupro hará que el ámbito de conductas abarcadas en el art. 436 sea superior al del tipo básico del art. 430 (75).

3.2. Subtipos agravados del art. 530

Estas dos modalidades agravatorias, que no son aplicables al tipo de agresiones sexuales referido al estupro (76), poseen a mi juicio un diverso fundamento.

(72) Véase más extensamente este argumento en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, p. 124.

(73) Véase infra.

(74) Véase infra.

(75) Véase supra.

(76) No creo que tenga razón Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 222, dada la gran variedad de conductas imaginables y lo lejos que se puede llegar usando engaño o prevalimiento, cuando afirma que sin duda no se han introducido estos tipos agravados en el art. 436 porque no es fácil imaginar esas conductas consentidas, aunque sea viciadamente.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, nos encontramos ante un contenido de lo injusto intermedio entre la violación y la agresión sexual, que se manifiesta en la persistencia de la idea de penetración sexual propia de la violación, pero entendida de un modo muy laxo, lo cual justificaría una punición mayor que la normal de la agresión sexual, pero sin llegar a la de la violación. De todos modos, dada la presencia del acceso carnal oral en la violación, los resultados obtenidos no son congruentes pues, como ya ha señalado algún autor, conductas más graves que la felación, como la introducción de un palo o de una botella en la vagina o en el ano, o la desfloración de una menor con el dedo, recibirán una pena inferior a aquella (77).

En cuanto a la segunda modalidad agravada, su fundamento parece hallarse en la presencia de un contenido de lo injusto adicional al propio de toda agresión sexual, derivado de unas formas comisivas que recogen comportamientos brutales, degradantes o vejatorios. Ello conlleva la afectación de bienes jurídicos distintos al de la libertad sexual, como la integridad corporal, el honor y otros estrechamente conectados a la dignidad personal (78).

La doctrina se encuentra dividida respecto a la oportunidad de la inclusión de estos subtipos (79). A mi pa-

(77) Así acertadamente Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 41-42; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 401-402.

(78) Insinúa la fundamentación atribuida a la primera variante, pero en relación a todo el tipo agravado Muñoz Conde, *Ibidem*. A su vez extienden la fundamentación aquí defendida para la segunda variante a ambos subtipos Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 153-154.

Para Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 197, se trata de situaciones de sadismo o aberraciones de tipo sexual, y para Alonso de Escamilla, *op. cit.*, p. 590, se trata de determinadas prácticas sdomasoquistas. En mi opinión, los subtipos en cuestión ni pretenden confinarse ni de hecho ven limitado su ámbito a conductas con las características aludidas por estos autores.

(79) Así, se manifiestan en contra por considerar que debiera bastar con el arbitrio judicial o con la agravante genérica de ensañamiento Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 197; Alonso de Escamilla, *op.*

recer, una estimación adecuada de su procedencia resulta en estos momentos imposible dada la permanencia del acceso carnal por vía bucal en el tipo de la violación, lo que introduce distorsiones valorativas y punitivas insalvables. Suprimido tal error político criminal, quizás pudiera plantearse un subtipo agravado que abarcaría correctamente todas las hipótesis utilizando como modelo el segundo de los dos subtipos actuales.

Si ahora atendemos a los elementos típicos de la primera de las modalidades, por "introducción de objetos" deberá entenderse el concepto de penetración sexual de la violación, pero sustituyendo al pene por un "objeto". Tal formulación, al tener necesariamente que incluir también la penetración por vía oral, da lugar a una ampliación desmesurada y ridícula de las conductas incluídas, que ha sumido en la perplejidad a la doctrina (80). Con razón, algunos autores han intentado dar una cierta coherencia a todo esto exigiendo entender por "objeto" sólo aquello que sea susceptible de sustituir real o simbólicamente el órgano genital masculino, restricción típica que, además de en la razón anterior, puede sin dificultad fundarse en el emparentamiento conceptual de este subtipo con el tipo de violación (81).

cit., p. 590. Se muestra algo reticente por las incongruencias con la violación Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 41-42; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 401-402.

Se manifiestan a favor por la mayor capacidad discriminadora de conductas que posibilita Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 222; Bajo Fernández, "La actualización...", *op. cit.*, p. 34, o por colmar alguna laguna de punición De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 7.

(80) Así Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 154; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 222; Alonso de Escamilla, *op. cit.*, p. 590; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 196.

Por otro lado, considero absolutamente desenfocado, dada la conexión de este subtipo con la conducta de la violación, la tesis, en cualquier caso dubitativa, de Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 154 de incluir el orificio del pene entre los orificios naturales susceptibles de padecer la introducción de objetos.

(81) La formulación del requisito y sus razones, de un modo muy parecido al expuesto en texto, lo hicieron por primera vez Boix-Orts-Vives,

Entre los elementos típicos de la segunda variante agravada (82), con la referencia a "medios, modos o instrumentos" se quiere abarcar cualquier aspecto ligado a la forma de comisión. Pero el núcleo del subtipo está en la adjetivación de tales formas comisivas con los términos "brutales, degradantes o vejatorios": Tales términos deben interpretarse a la luz de su contenido en todo el Código penal, sin darles un significado peculiar en este ámbito, pues ello podría suponer la infiltración de contenidos moralizadores. Y desde luego para apreciar la agravación debe producirse un plus de brutalidad, degradación o vejación que supere notablemente el propio de todo atentado sexual (83).

Desde la perspectiva subjetiva, pienso que en todo caso debe de mantenerse la exigencia de una tendencia lasciva, lo que responde a las mismas razones que en el tipo básico, del que estas figuras no son más que subtipos agravados (84).

3.3. Insuficiencias en la reforma de los delitos de agresiones sexuales

En primer lugar sigue sin obtenerse una adecuada descripción de la conducta típica, para lo que sería preciso, partiendo del concepto de "acción sexual" más arriba men-

op. cit., p. 154. Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 222 hace una interpretación de "objeto" muy similar, pero exclusivamente limitada a los supuestos de vía oral.

(82) Algún sector doctrinal critica la vaguedad de este subtipo: Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 197; Alonso de Escamilla, *op. cit.*, p. 590. Rodríguez Ramos, *op. cit.*, pp. 222-223 advierte de las dificultades derivadas del uso de términos valorativos más que descriptivos.

(83) Así ya Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 154-155.

Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 223 hace un primer intento de definición de los diversos elementos de este subtipo.

(84) En la misma línea, de forma expresa, Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 155. Por el contrario De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 7 ve la principal razón de estos tipos en la posibilidad de incluir conductas realizadas con ánimo degradante o vejatorio y no libidinoso.

cionado, formular un concepto que aluda inequívocamente a la presencia de contacto corporal en sus diferentes variantes y del ánimo lascivo, y que permita resolver simultáneamente las restricciones derivadas de su indebida consideración como delito de propia mano. En mi opinión una formulación típica adecuada sería la siguiente: "El que, con la intención de satisfacer el impulso sexual propio o ajeno, realizare sobre otra persona, o hiciera realizar a ésta sobre sí misma o sobre la persona del culpable, cualesquiera otras acciones sexuales concurriendo las circunstancias del artículo..., será castigado con la pena de..., y si concurren las circunstancias del artículo...; con la pena de... Con las mismas penas se castigará al que, con la intención y circunstancias mencionadas, hiciere realizar a otra persona tales acciones sobre un tercero o soportar sobre sí misma las realizadas por éste" (85).

Por otra parte, creo que se adopta la actitud político criminal inversa a la correcta cuando se acentúa la separación entre las dos figuras de agresiones sexuales, sea a tenor del diferente concepto de acceso carnal a que cada una van referidas, sea dada la presencia de los subtipos agravados sólo en una de ellas. Pienso que lo acertado sería crear un sólo tipo con dos penalidades diversas en función exclusivamente de la diferente afección a la voluntad de la víctima producida. Resuelto el tema de un adecuado concepto de acceso carnal, podría crearse un subtipo agravado común tomando como modelo el segundo subtipo agravado del actual art. 430.

Lamentablemente, sigue sin cuestionarse la procedencia de castigar estupro y agresiones sexuales fraudulentas.

(85) Véase la justificación de una propuesta en ese sentido en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 118-126.

4. LOS DELITOS DE PROVOCACION SEXUAL

La reforma de 1988 ha procedido a una completa reformulación de los antiguos delitos de escándalo público, que ha llevado a una nueva redacción de los arts. 431 y 432, y a la supresión de las faltas contenidas en los arts. 566 5º, 567 3º y 577 1º.

En reiteradas ocasiones me he referido a lo urgente de una reforma de estas figuras, que venía exigida, por un lado, por la necesidad de acomodar estos tipos a la protección de la libertad sexual, bien jurídico que debía inspirar a todo el Derecho penal sexual, y por otro, para eliminar el atentado inadmisibles a los principios de legalidad y seguridad jurídica que suponían los anteriores preceptos de escándalo público (86). No creo que proceda en estos momentos detallar una vez más tales argumentos, sino atender a lo que ha resultado tras la reforma.

(86) Véase al respecto, de un modo sintético, Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 136-147, con referencias bibliográficas propias y ajenas. Tras la reforma aluden a esas razones Bajo Fernández, "Manual de Derecho penal", *op. cit.*, p. 189; Díez Sánchez, "Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual", *Cuadernos de Política criminal*, 1989, pp. 76-81; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 228; Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 416-417; Alonso de Escamilla, "Reflexiones sobre los nuevos delitos de exhibicionismo y provocación sexual, en torno a la ley orgánica 5/88 de 9 de Junio", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1989, nº 7, pp. 170-173. Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 200 aluden exclusivamente a los problemas de precisión.

La sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de Octubre, consideró, por el contrario, correcto que se protegiera a través de los delitos de escándalo público la moral pública de modo general, incluso con efectos expansivos sobre los comportamientos de los adultos, en la medida en que se ha de proteger a la infancia y la juventud, aunque reconoce que la pornografía que no tenga por destinatarios u objetos a menores, no siempre atacará a la moral pública. Asimismo afirmaba que los arts. 431 y 566 5º anteriores a la reforma no violaban el principio de seguridad jurídica.

Vives Antón en, Vives Antón (Coordinador), "Derecho penal. Parte Especial", 2ª edición, Tirant lo Blanch, 1988, p. 611 atribuye la reforma, dado que no se ha reconocido la contradicción de estos tipos con la Constitución, a su "disfuncionalidad".

4.1. Bien jurídico protegido y epígrafe del Capítulo

El epígrafe del Capítulo II del Título IX reza "De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual". La dualidad de términos suscita la cuestión de si estamos ante dos grupos de conductas diversas. A mi juicio, el concepto genérico, abarcador de todos estos comportamientos, es el de "provocación sexual". El término, que defendí en su momento (87), refleja acertadamente el contenido específico de los atentados a la libertad sexual que ahora pasamos a estudiar. La expresa mención al exhibicionismo, que no es más que una variante de las conductas sexuales provocadoras, se justifica por ser la conducta inserta en estas figuras más frecuentemente castigada y con unos contornos jurisprudenciales más claros; presumiblemente el legislador ha pretendido dotar de un inequívoco punto de referencia al nuevo término de "provocación sexual" introducido. Por lo demás, una interpretación distinta sólo introduciría confusión: Podría llevar a pensar que todo lo incluido en el art. 431 sería exhibicionismo, lo que no es exacto en lo que concierne a su primera modalidad comisiva, y que la provocación quedaría confinada al art. 432, lo que tampoco respondería a la realidad; una interpretación más matizada obligaría a romper la unidad del art. 431 en este punto (88).

(87) Véase su introducción por primera vez, con un análisis de su problemática, en Díez Ripollés, "Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras", *op. cit.*, pp. IX-X, y su uso normalizado en Del mismo, "La protección...", *op. cit.*, pp. 131 y ss.

(88) La doctrina también está considerando el término "provocación sexual" como abarcador de todas las conductas de este Capítulo, sea de modo expreso o implícitamente; así Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 84, 85-86, quien razona para ello en línea muy similar a la defendida en texto; Vives Antón, *op. cit.*, pp. 611-612; Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 419, 421. Por el contrario Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 22-23 califica de delito de exhibicionismo el 431 y de delito de provocación sexual al 432.

En cuanto a cuál sea el bien jurídico protegido en estas figuras, se puede decir que con ellas se culmina la protección jurídica penal de la libertad sexual, incluyendo aquellas conductas menos graves pero aún dignas de punición en el marco del Derecho penal sexual. Se trata del último peldaño de tutela, en el que se produce un menosprecio de la voluntad de la víctima en la medida en que nos encontramos ante conductas en que se inserta a la víctima en una acción sexual sin su consentimiento o sin poderlo prestar válidamente, inserción que hace que ésta pase a desempeñar como partícipe, aunque sea pasivo, un determinado papel en tal acción sin haber aceptado previamente tal situación (89).

La peculiar insistencia con que determinados contenidos morales pugnan por introducirse indirectamente en estos tipos, en especial a través de sus, con frecuencia, imprescindibles elementos normativos, de lo que la actual regulación, como veremos, ofrece algún ejemplo, no justifica una actitud conformista al respecto, que renuncie desde un principio a una interpretación del todo acorde al bien jurídico protegido, y en cualquier caso ni supone un fenómeno exclusivo de estos delitos, ni menos aún debe llevar a cuestionar el bien jurídico propugnado (90).

(89) Véase más extensamente al respecto Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 142-145; del mismo, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 1-188, en especial 162-171. Configura del mismo modo el bien jurídico protegido Bajo Fernández, "Manual...", *op. cit.*, p. 190. También, aunque con reservas respecto a la presencia de ciertos contenidos morales, Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 416-417, en actitud no del todo concordante con lo que ha dicho respecto a todo el Derecho penal sexual.

Aluden asimismo a la libertad sexual como bien jurídico protegido, o a ésta y a la indemnidad sexual como presupuesto o correlato de la primera, Alonso de Escamilla, "Reflexiones...", *op. cit.*, p. 170; Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 86-87; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 22.

(90) Aluden a esta presencia de referencias moralizadoras, sin que ello afecte al dato de que el bien jurídico sea la libertad sexual, Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 417, con la salvedad ya expresada en la cita de este autor en nota anterior; Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 86-87.

Algún autor habla de que el bien jurídico es el bienestar psíquico, reflejo en los menores y deficientes del interés en que obtengan un adecuado proceso de formación, y proyección en los adultos del derecho a la intimidad (91), y algún otro ha hablado directamente de la intimidad sexual como bien jurídico protegido, como derecho a una esfera exclusiva, libre de interferencias, que posibilitaría la tranquilidad, libertad sexual y adecuado desarrollo formativo (92).

No considero acertadas ninguna de las dos posiciones. Por lo que al bienestar psíquico se refiere, su protección es susceptible de las mismas críticas de que es objeto la pretensión de proteger sentimientos individuales, con los que termina identificándose, y que he tenido ocasión de desarrollar extensamente en otro lugar (93): En efecto, ambos conceptos, debidamente depurados, desembocan finalmente en el objeto de protección de la integridad psíquica, bien jurídico muy cercano al de la integridad corporal (94), lo que implica un cambio de enfoque en el análisis de estas conductas probablemente por nadie deseado. En cualquier caso, si se persistiera en esa dirección, cabría en primer lugar preguntarse por las razones que aconsejarían proteger tal integridad psíquica exclusivamente en relación con conductas sexuales (95).

Sobre la problemática de la introducción de referencias morales en los tipos así como sobre *rati i legis* atentas a fines morales véase lo dicho supra en apartado 1, así como Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 23-24; del mismo, "El Derecho penal ante el sexo", Bosch, 1981, pp. 224-226.

(91) Así Vives Antón, *op. cit.*, p. 611.

(92) Así Rodríguez Ramos, *op. cit.*, pp. 228-230.

(93) Véase una argumentación más rica que la aquí expuesta en Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 148-171; del mismo, "La protección...", *op. cit.*, pp. 142-145.

(94) Conexión reforzada tras la última reforma de los delitos de lesiones.

(95) A ello alude también Bajo Fernández, "Manual...", *op. cit.*, p. 190.

Si se encontrara respuesta a ello, quizás en base a la especial susceptibilidad de este sector vital, parecería lógico concebir estos tipos como delitos de resultado material, aunque sólo fuera porque así mantendrían la coherencia con unos delitos de lesiones que sólo en hipótesis cualificadas graves admiten una estructura de peligro. Ahora bien, la exigencia de un resultado material en estas hipótesis conduce, cuando se requiere una notable reacción emocional en la víctima, a primar los sentimientos de personas especialmente susceptibles, quizás con considerables problemas psíquicos en relación con su sexualidad, y cuando, para evitar lo anterior, nos conformamos con efectos más tenues, a tutelar meros sentimientos estéticos. Si por el contrario optáramos, pese a la incongruencia con los restantes delitos protectores de la integridad corporal y psíquica, por entenderlos como delitos de peligro (96), la determinación de ese peligro sería fácil presa de interpretaciones moralizadoras.

Por otra parte la intimidad sexual, cuando se concibe como el bien jurídico protegido en estos delitos, no pasa de ser más que una especificación del concepto de libertad sexual, como se aprecia fácilmente atendiendo a la definición que de ella se da por sus defensores, y en cualquier caso le es ajena una vinculación obligada al bienestar psíquico o a procesos formativos (97).

4.2. Sujetos activo y pasivo

Por lo que concierne a los sujetos activos la redacción de ambos tipos no deja dudas respecto a que pueden ser

(96) Así los interpreta Vives Antón, *op. cit.*, p. 612.

(97) Atiéndase a las definiciones que de ella dan tanto Rodríguez Ramos como Vives Antón, *Ibidem*. Véase igualmente la integración que hace Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 22 de la intimidad sexual en la libertad sexual. Por lo demás, no es éste el lugar adecuado para razonar las profundas imbricaciones que existen entre el bien jurídico de la libertad y el de la intimidad, y que incluso han encontrado expresión en la sistemática de nuestro Código penal.

tanto del sexo masculino como femenino, y así lo ha estimado la doctrina (98).

Se plantea el tema de la conducta de exhibicionismo, entendida en su sentido estricto psiquiátrico y jurisprudencial que, como es sabido, sólo abarca conductas realizadas por varones. Como ya he tenido ocasión de exponer en otro lugar, no hay razones desde la perspectiva del bien jurídico protegido para dejar fuera de estos tipos a las hipótesis de exhibición femenina, sin que resistan un serio análisis los argumentos referidos a que tales conductas conllevan menos riesgos para el sujeto pasivo o a que deben quedar fuera por ocurrir rara vez (99). De todos modos, si razones de precisión típica (100) aconsejaran mantener de forma rigurosa el concepto criminológico actualmente vigente de exhibicionismo, nada impedirá incluir la exhibición femenina en la primera variante del art. 431, por más que yo siga pensando que lo más acertado es modificar el concepto para incluir en él tales hipótesis (101).

Por lo que afecta a los sujetos pasivos de estas conductas, la doctrina, correctamente, considera que con la reforma se ha optado por concebir el bien jurídico como de titularidad individual (102). En concreto serán sujetos pasi-

(98) Véanse Vives Antón, *op. cit.*, p. 613; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 22; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 203; Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 93, 110. Todos ellos suelen referirse sólo al art. 431, pero ello se debe a que no creen siquiera que deba hacerse tal precisión, por obvia, en el 432.

(99) Véase Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 387-391. Asume la argumentación por mí realizada Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 93-94.

(100) Véase *infra*.

(101) Véase Díez Ripollés, *Ibidem*.

Apoya implícitamente incluir en el concepto de exhibicionismo la exhibición femenina Vives Antón, *op. cit.*, pp. 612-613.

Aluden a los condicionantes valorativos del exhibicionismo Bajo Fernández, "Manual...", *op. cit.*, p. 191; Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 419.

(102) Así Vives Antón, *op. cit.*, p. 611; Alonso de Escamilla, "Reflexiones...", *op. cit.*, p. 195; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 22; Díez Sánchez,

vos tanto de las conductas del art. 431 como de las del art. 432 los menores de 16 años y deficientes mentales, mientras que los mayores de esa edad lo serán del art. 431 exclusivamente.

Esa diferencia de trato resulta discutible dado el bien jurídico protegido: Abandonada la protección de la moral sexual colectiva, de lo que se debe tratar en el art. 432 es de prevenir frente a menosprecios de la voluntad del sujeto pasivo relativos a confrontaciones no deseadas, y en alguna medida difíciles de eludir, con contenidos pornográficos, lo que sin duda se da respecto a determinados sujetos pasivos que no tienen capacidad para consentir, pero igualmente en relación con personas adultas y sanas contra cuya voluntad, o sin darles la oportunidad para manifestarla, se actúa. Sin duda aquí nos encontramos ante uno de los sectores en que la final configuración del tipo ha terminado reflejando determinados contenidos moralizadores (103).

Por otra parte, en relación con los menores el límite de edad se ha trazado en ambos tipos en los 16 años, lo que supone un abandono de la graduación en la protección de éstos, resultado a su vez de la interrelación entre la edad y la afección a la voluntad, tal como se refleja entre violación y estupro, entre los dos tipos de estupro o entre los dos tipos de agresiones sexuales. Se acude además a un límite que parece muy alto si se tiene en cuenta que estamos ante los

op. cit., p. 95; Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 417; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 202.

Discrepo de la tesis de Bustos Ramírez, *Ibidem* que, pese a lo anterior, considera que cuando haya varias víctimas a partir de un único acto se dará un sólo delito. Correctamente hablan de pluralidad delictiva Vives Antón, *op. cit.*, p. 613; Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 103.

(103) Véase al respecto Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, p. 158.

Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 110-111 advierte también sobre esta incongruencia en relación al bien jurídico, por más que apoya la actual situación legal dada su postura favorable a la total despenalización de la pornografía.

atentados a la libertad sexual menos graves. A mi juicio debiera haberse mantenido un trato diferenciado que implicara un tipo con límite de edad de 12 años y siendo irrelevante la manifestación de voluntad de la víctima, y otro con el límite de 16 años pero exigiendo prevalimiento por parte del autor; si se optara por anular tal diferenciación el límite debiera haberse colocado en los 12 años (104).

Por lo que se refiere a los deficientes, de nuevo se ha procedido de una manera poco matizada: El concepto no es equiparable al de abuso de su enajenación del art. 429, tanto porque incluye a todas las oligofrenias como porque no abarca las hipótesis de enajenación no ligadas a las oligofrenias. No creo que haya razones para un proceder tan disfuncional. En mi opinión debiera haberse utilizado el acertado término introducido en el art. 429, con lo que, entre otras ventajas ya señaladas al tratar la violación (105), se evitaría la incongruencia de que a los deficientes no enajenados no se les reconozca su consentimiento respecto a las conductas sexuales provocadoras pero sí respecto a consentir un acceso carnal o cualquier otro comportamiento sexual que implique contacto corporal (106).

(104) Véase en ese sentido Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 156-159. Opina del mismo modo Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 95-96.

Por el contrario Alonso de Escamilla, "Reflexiones...", *op. cit.*, p. 195 considera que el límite debiera haberse establecido en los 18 años, para ajustarse a la mayoría de edad política y civil.

(105) Véase supra apartado 2.4.

(106) Véase Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, p. 159, donde ofrezco alguna otra alternativa en la misma línea.

Por el contrario apoya la regulación actual Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 96. Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 20 consideran que, aunque la ley no hace excepciones, los deficientes profundos (idiocia) no se verán afectados en la práctica por las conductas provocadoras sexuales. A mi parecer tal reflexión no es coherente con el bien jurídico que estimo protegido, y si se llevara a sus últimas consecuencias en todo el Derecho penal sexual implicaría dejar impunes la involucración en cualesquiera actos sexuales de los enajenados si el nivel de enajenación fuera tal que el sujeto no comprendiera mínimamente la naturaleza de tales actos.

Por último, nada dice la ley, acertadamente, respecto a que los sujetos activo y pasivo de estos delitos tengan que ser de distinto sexo (107).

4.3. El art. 431

Un sector doctrinal no ha entendido correctamente lo que el legislador ha pretendido con la introducción de la expresión "el que ejecutare o hiciere ejecutar a otro": No se trata de querer resolver de forma aislada en este delito la problemática general existente en nuestro Código sobre la punición de la autoría mediata, ni de cuestionar que ésta pueda ya haber encontrado solución en función del art. 14 del Código penal (108). La expresión tiene que ver con la extendida creencia de que en los delitos sexuales nos encontramos con delitos de propia mano; lo que, como es sabido, impide conceptualmente apreciar las modalidades de la coautoría y de la autoría mediata, originando lagunas de punición que con frecuencia no pueden resolverse ni acudiendo a otros tipos del mismo Título o fuera de él, ni apreciando la inducción o la cooperación necesaria en especial cuando, dada la naturaleza accesoria de la participación, no hay acción típica y antijurídica en la que participar (109).

Por otra parte la expresión "hiciere" no debe interpretarse como aludiendo a una conducta coactiva, sino que abarca una variedad de conductas caracterizadas todas ellas

(107) Así Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 95. Respecto al exhibicionismo, antes de la reforma, véase Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, p. 390.

(108) En ello sin duda piensan Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 94; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 203.

Por el contrario, no comparte tal visión Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 419.

(109) Véase extensamente sobre esta problemática, citando ejemplos al respecto, Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 100-110.

por dar como resultado que una tercera persona realice la conducta sexual provocadora (110).

Problema diverso es el de si procedía la introducción de esta segunda modalidad comisiva: Causa sin duda sorpresa que el legislador se haya decidido a hacerlo en relación con el tipo de menor gravedad de todo el Derecho penal sexual, olvidando en ésta o en la posterior reforma el introducir una salvedad semejante respecto a los delitos en los cuales el problema se estaba planteando en toda su agudeza, es decir, violación, estupro y agresiones sexuales (111). Por otra parte, he intentado demostrar cómo una formulación más adecuada de las conductas sexuales provocadoras no haría necesario introducir ese referente en el tipo. Ahora bien, dada la redacción típica elegida y a falta de una enérgica reacción doctrinal contra la consideración de todos estos delitos sexuales como de propia mano, lo que considero la solución definitiva y técnico jurídicamente más coherente (112), no cabe criticar la solución parcial escogida por el legislador.

Más allá de lo anterior, el art. 431 contempla dos modalidades de acción. Por un lado la realización de "actos lúbricos", y por otro de "actos de exhibición obscena". Analicemos ambas expresiones.

(110) Limita la interpretación del término a la conducta coactiva, sin captar además aparentemente su conexión con la autoría mediata, Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 22.

Sobre las diferentes hipótesis que pueden dar lugar a lagunas de punición, véase Díez Ripollés, *Ibidem*.

(111) Véase Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 100-110, 125-126, 154. En todo caso, que la cuestión no se planteara en el antiguo 431 no debe de extrañar dada su anterior estructura típica. Hubiera sido a partir de la reforma, en que el delito se ha configurado como un auténtico ataque a la libertad sexual, que hubieran empezado a surgir problemas con él de modo similar a los otros tipos citados.

(112) Véase Díez Ripollés, *Ibidem*.

Por "acto lúbrico" ha de entenderse acto lascivo o libidinoso (113). Tal concepto lleva implícita de modo inmediato una referencia a la tendencia subjetiva con la que se ha realizado la conducta, ya que, como ya tuvimos ocasión de ver (114), resulta prácticamente imposible realizar definiciones de lo que sean comportamientos sexuales más allá de un determinado nivel con elementos exclusivamente objetivos, lo que se muestra en toda su intensidad especialmente en las conductas sexuales provocadoras.

Ahora bien, el concepto de "acto lúbrico", en cuanto más específico que el de "acto sexual", no permite a mi juicio considerar que su referencia subjetiva sea la mera tendencia del autor a involucrar a la víctima con su acción en un contexto sexual, sino una más reducida, a saber, la tendencia lasciva, consistente en aspirar a excitar o satisfacer el impulso sexual propio o ajeno. Ello deja fuera del concepto comportamientos en los que se da la tendencia involucradora antedicha pero que no implican asimismo una tendencia lasciva; piénsese en acciones realizadas con fines jocosos, vejatorios, vengativos, por mera curiosidad... (115). Así se crea una importante laguna, que enseguida veremos si puede colmarse a través de la otra expresión típica utilizada, y que en cualquier caso no permite decir que el elemento subjetivo propio de esta modalidad sea sin más lo que se está conviniendo en llamar "tendencia sexual provocadora", y que respondería a esa otra tendencia involucradora más amplia ya aludida (116).

(113) En la misma línea Muñoz Conde, "Derecho...", *op. cit.*, p. 418; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 202; Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 89.

(114) Véase apartado 3.1 supra y las referencias allí indicadas.

(115) Véase un análisis del concepto de "acto lúbrico" en Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 502-503.

(116) Por el contrario tienden a considerar la tendencia involucradora como la exigida en todo momento en todos los supuestos del art. 431, por más que inicialmente la restringen de modo correcto a la tendencia lasciva en la primera modalidad comisiva Muñoz Conde, "Derecho penal...",

La expresión "exhibición obscena" ofrece dos alternativas de interpretación. Según la primera estaríamos ante una formulación no muy afortunada del concepto criminológico, aceptado jurisprudencialmente hace algunas décadas y con claro origen psiquiátrico, de "acción exhibicionista". A favor de ello estaría en primer lugar el epígrafe del Título, cuya mención al "exhibicionismo" parece claramente referirse a tales conductas (117); asimismo la consideración de que estamos ante el comportamiento que la doctrina considera el arquetipo de la provocación sexual, presumiblemente merecedor de una mención típica específica, sin olvidar que será, como ya lo ha sido antes en el marco de las conductas escandalosas, el comportamiento más frecuentemente castigado en el art. 431 (118). Si esto es así, no se entiende por qué el legislador ha sustituido un término tan acreditado y preciso como el de "acción exhibicionista" por el de "exhibición obscena", que introduce un adjetivo, el de "obsceno", que abre la vía a todo tipo de interpretaciones moralizadoras y por tanto a superar holgadamente el concepto criminológico aparentemente adoptado (119). Por otra parte, aun si con dificultades se pudiera mantener la referencia a ese concepto, ello supone dejar definitivamente fuera del tipo del art. 431 las conductas sexuales provocado-

op. cit., pp. 418, 419; Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 89, 99; probablemente también Rodríguez Ramos, *op. cit.*, pp. 231, 232. Sin la precisión anterior, igualmente Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 191, y en la práctica asimismo Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 22-23 ya que exige una "intención sexual".

(117) Véase lo dicho supra en 4.1.

(118) Opta claramente por esta alternativa Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 418.

Alonso de Escamilla, *op. cit.*, p. 197 se atreve a afirmar que en la práctica las únicas conductas que se van a castigar en los arts. 431 y 432 son los "actos de exhibicionismo propiamente dichos".

(119) Véase al respecto, en relación a idéntica propuesta del Proyecto de 1980, Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 504-505. Un razonamiento similar mantiene ahora Muñoz Conde, *Ibidem*.

Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 202 dicen que la utilización del término "obsceno" supone, etimológicamente volver al texto anterior con su referencia a las ofensas al pudor.

ras que no sean acciones exhibicionistas ni tengan de otro modo tendencia lasciva.

Si siguiéramos la segunda interpretación posible del término "exhibición obscena", descartaríamos su equiparación a las conductas exhibicionistas propiamente dichas (120) y, al no estar presente el término "lúbrico", podríamos incluir dentro de ella también las conductas que conllevaran una tendencia involucradora sexual aunque no se concretara en una tendencia lasciva (121). Con ello se solventaría una laguna, pero se multiplicarían determinadas objeciones: Al concepto de obscenidad habría que darle una importancia decisiva, lo que no sólo introduciría, potenciado, el riesgo moralizador antes dicho sino que, además, supondría volver a la inaceptable inseguridad jurídica de cara a la concreción de los términos típicos que padecíamos antes de la reforma (122). Por otra parte, la variante alusiva a la lubricidad de los actos pasaría a ser superflua, dado que, por un lado, nada impide incluir en la calificación de obscenidad las hipótesis realizadas con tendencia lasciva, y, por otro, podrían considerarse equiparables los términos "actos" y "exhibición";

(120) Así Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 89-90; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, pp. 202-203; Bajo Fernández, "Manual...", *op. cit.*, p. 191; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 231, quien distingue entre las dos alternativas a tenor de si el fin de exhibición, entendido en un sentido genérico, es la finalidad primaria ("exhibición obscena") o secundaria ("actos lúbricos").

(121) Así claramente Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 89, 99.

(122) Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 203 reconocen las dificultades de precisión que se plantearán, por más que las estiman menores que con el antiguo 431, y remiten a los contenidos de la ética social. Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 89-90 reconoce igualmente la imprecisión conceptual del término y teme que se pueda llegar a través de la interpretación jurisprudencial a una situación escasamente diversa de la existente con el antiguo art. 431.

Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 231 y Bajo Fernández, "Manual...", *op. cit.*, p. 191 recuerdan el componente valorativo del término "obsceno", que el primero extiende al término lúbrico, y el segundo sólo en un primer momento pretende hacerlo simple sinónimo de "sexual", estimándolo imprescindible precisamente para circunscribir mejor las conductas típicas abarcadas.

en realidad hubiera sido más acertado utilizar un sólo término, que podría haber sido el de "actos obscenos" (123).

Bien es cierto que pudiera considerarse, en esta segunda alternativa, que el término "exhibición" tiene una vocación restrictiva respecto al de "actos", aunque tal restricción sería difícilmente concretable: Quizás quiere aludirse, atendiendo a su significado gramatical estricto, a que se ha de tratar de comportamientos en lugares o de un modo público (124). En tal caso los actos con tendencia lasciva se penarían con independencia de su comisión pública en la primera variante típica, mientras que los actos involucrados sexuales pero sin tendencia lasciva precisarían de la publicidad quedando impunes de lo contrario. Aunque pudiera defenderse una diferencia de trato entre esas dos clases de conductas sexuales provocadoras, en cualquier caso no creo que la realización en lugar o de modo público sea el criterio adecuado para llegar a la punición de las segundas (125).

Sin que en ningún caso pueda llegarse a una solución del todo satisfactoria, el análisis de los pros y contras me lleva a defender la primera de las alternativas interpretadoras, y a lamentar que no se haya optado por una formulación típica que fuera capaz de eliminar todos los inconvenientes aludidos (126).

(123) Así Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 202; Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 89.

(124) Considera que no existen referencias a la publicidad de la conducta en todo el tipo Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 92.

(125) Véanse buena parte de estas consideraciones en relación a esta segunda alternativa de interpretación, ya en relación al Proyecto de 1980, en Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 505-506; sobre la improcedencia en este ámbito de la referencia al elemento de la publicidad, más específicamente, en *Ibidem*, pp. 433-440.

(126) En cualquier caso el mantenimiento del concepto criminológico de exhibicionismo no impediría incluir conductas equiparables con sujeto activo femenino, sea en ese concepto debidamente modificado en este punto, sea a través de la modalidad comisiva de actos lúbricos si se quiere dejar intacto el concepto anterior.

Tanto los actos lúbricos como la exhibición obscena deben realizarse "ante" la víctima. Tal preposición determina con nitidez que en estas figuras no se da la concurrencia de contacto corporal entre el autor y la víctima, o entre ésta y un tercero, ni siquiera de la víctima consigo misma (127). Ello sería correcto si las conductas que implican un contacto corporal y que son realizadas con tendencia involucradora sexual pero sin tendencia lasciva resultaran incardinadas en los tipos de agresiones sexuales, pero ya hemos manifestado antes los razonables argumentos que había en contra de ello (128), con lo que se vuelve a producir una laguna producto de una mala dicción típica (129).

El tipo carece de una adecuada referencia a la necesaria gravedad de la conducta, a pesar de que ésta adquiere un papel imprescindible en los delitos sexuales que aluden a una acción sexual poco compleja que no permite siempre, a través del propio concepto de acción, excluir las acciones insignificantes, lo que resulta evidente en las conductas a las que ahora nos estamos refiriendo. Ciertamente, los que entiendan "exhibición obscena" a partir de la segunda interpretación aquí expuesta podrán considerar que la referencia a la obscenidad ofrece el apoyo necesario para tal restricción típica, pero de nuevo nos encontramos con el riesgo de moralización que ello implica, y de todos modos el problema sólo se resuelve parcialmente pues quedaría pendiente la va-

Una formulación típica unitaria de las conductas sexuales provocadoras que elimina, a mi juicio, todos los inconvenientes señalados en el actual art. 431, se propone en Díez Ripollés, *Ibidem*, pp. 559-561.

(127) Véase supra lo dicho en apartado 3.1 en relación con las conductas de agresión sexual. En la misma línea Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 90.

(128) Véase supra apartado 3.1.

(129) Esta laguna no debe confundirse con la resultante de nuestra interpretación del término "exhibición obscena" y que deja fuera del tipo las conductas sin contacto corporal con la víctima realizadas con tendencia sexual involucradora pero sin tendencia lasciva. De todos modos la laguna señalada ahora en texto se produciría asimismo por las mismas razones que la laguna acabada de citar aun si el tipo se hubiera formulado admitiendo hipótesis de contacto corporal.

riante típica de los actos lúbricos. Una referencia a "de modo grave", que debiera entenderse, en coherencia con el bien jurídico protegido, como la aptitud de la acción para involucrar intensamente a una persona en un contexto sexual, y no acudiendo a lo que sea tolerable o intolerable a partir de una determinada concepción global de la sexualidad, hubiera resultado procedente (130).

El art. 431 exige, cuando la conducta se realice ante mayores de edad, que sea "sin su consentimiento" (131). Tal expresión, en lugar de la más correcta de "sin darle oportunidad de manifestar su voluntad o en contra de ella", parte de la presunción de que en principio la sexualidad es una actividad a ejercer de un modo reservado, presunción que no se da, ni tampoco la contraria, con la formulación propuesta, más concorde con una correcta comprensión del bien jurídico protegido (132). En cualquier caso la fórmula legal incluye en sí tanto los supuestos de oposición como los de falta de oportunidad para manifestar su voluntad, hipótesis esta última de gran importancia en las conductas exhibicionistas. El consentimiento debe entenderse como una causa de exclusión del tipo (133).

(130) Véase al respecto Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 509-510; sobre la necesidad y contenido de la referencia a la magnitud en las conductas sexuales provocadoras, en general, *Ibidem*, pp. 413-433. En la misma línea Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 91-92.

(131) Sobre la procedencia de no dar relevancia al consentimiento de menores de 16 años y deficientes, ya nos hemos pronunciado en el Apartado precedente.

(132) Sobre la problemática de la referencia a la voluntad de la víctima en las conductas sexuales provocadoras, véase ampliamente Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 402-413; del mismo, "La protección...", *op. cit.*, p. 158.

Considera tal fórmula una pretensión excesiva, siendo suficiente con la legal Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 97-98.

(133) Del mismo modo Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 23; Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 97.

4.4. El art. 432

Habiendo renunciado el legislador a formular un tipo unitario de provocación sexual (134), se vio obligado a configurar de modo específico las conductas sexuales provocadoras consistentes en la confrontación directa con pornografía (135).

El decisivo dato de que no estemos ya ante una punición absoluta de la pornografía hace que deba prestarse mucha más atención de la que hasta ahora se prestaba a las acciones manipuladoras del objeto pornográfico insertas en el tipo. Ello no impide constatar, sin embargo, que la precisión de lo que sea objeto pornográfico siga siendo presupuesto de todo lo demás y que, por tanto, desempeñe un papel fundamental.

Ante todo, se ha de alabar la decisión de acudir al término "pornográfico", sin ceder a la tentación de utilizar otros términos con fuerte contenido moralizador u otros que, por menos conocidos, pudieran crear la falsa impresión de que se eludía la difícil problemática ligada al concepto de pornografía. Creo haber demostrado que este concepto, pese a todo, puede concebirse con unos contornos suficientemente precisos y respetuosos con el bien jurídico protegido en este ámbito. Así, debe entenderse por representación pornográfica toda aquella que posea una tendencia objetivada de excitar sexualmente y que, además, resulte apta de modo general para involucrar intensamente a las personas que entren en contacto con ella en un contexto sexual.

(134) Véase críticamente en Subapartado anterior supra, y, más adelante, infra.

(135) No creo en absoluto que estas conductas, dada su especificidad comisiva desde muy diferentes perspectivas, puedan encajar en la variante de "exhibición obscena" del art. 431, como sin embargo considera Alonso de Escamilla, *op. cit.*, p. 199.

Tal definición consta de dos partes: En la primera de ellas se atiende a la finalidad objetivada en la propia representación, a lo que da sentido a toda su materialidad y a todo el contenido intelectual, sensorial y afectivo que lleva incorporado, a su significación esencial, que no debe identificarse, ni con la finalidad del autor o creador material de ella, ni con las potencialidades o aptitudes que pueda tener la representación en sí para lograr tal finalidad objetivada. A su vez esta tendencia objetivada se concreta en la finalidad de excitar sexualmente, finalidad o función que le impregna por completo.

La segunda parte de la definición tiene la misión de introducir la referencia a la gravedad o magnitud en el propio concepto de objeto pronográfico, ya que sólo así éste adquiere su plena configuración, y se hace adoptando el mismo punto de referencia, coherente con el bien jurídico protegido, que hemos elegido para configurar el elemento de la gravedad de la conducta en los actos lúbricos y de exhibición obscena (136).

(136) Véase extensamente sobre esta definición de objeto pornográfico, que por lo demás es una depuración de conceptos anteriores ya contrastados, en Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 277-297, 392-402, 428-433; del mismo, "La protección...", *op. cit.*, pp. 151-152.

Asumen prácticamente la definición anterior, en cuanto que las referencias a la ausencia de valores científicos, pedagógicos, artísticos... resultan ya incluídos en ella, dado que la tendencia objetivada de excitar sexualmente debe desempeñar un papel claramente predominante, Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 232; Bajo Fernández, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 192; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 23. Recientes definiciones de la jurisprudencia española sobre lo que sea pornografía responden en su esencia al contenido expuesto en texto, pero con una formulación mas descriptiva y conceptualmente menos depurada; véase en ese sentido las Ss. citadas por Vives Antón, *op. cit.*, p. 614 y Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 232. Sobre jurisprudencia anterior véase Díez Ripollés, *Ibidem*. No acaban de perfilar un concepto, aludiendo ocasionalmente, y entre otros elementos, a la finalidad de excitar o de provocar sexualmente, junto a la aptitud para dañar el desarrollo o la psique de personas inmaduras o incapaces de controlarse, y a la ausencia de valores artísticos, científicos, informativos..., o capacidad para causar sensaciones de displacer Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 420-421; Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 107-108.

Si acertada ha sido la elección del término "pornográfico", no puede decirse lo mismo del sustantivo al que adjetiva, "material": Su uso, en lugar del correcto de "representación", presenta el riesgo de que se incluyan en la noción una amplia gama de objetos mecánicos destinados a la excitación o satisfacción sexuales que, en mi opinión, no merecen ser incluidos en el tipo. El concepto de pornografía gira en torno a la idea de una representación, es decir, todo aquello que tiene la función de expresar la realidad de un modo sustitutivo o bien de expresar una realidad imaginada, lo que no es el caso de esos objetos (137). En cualquier caso, la presencia del término "material" parece exigir la incorporación del adjetivo de pornográfico a objetos materiales, lo que deja fuera representaciones en vivo (138).

Pero como hemos señalado antes, en una regulación que no pena de forma indiscriminada todo lo relacionado con la pornografía, adquiere un papel decisivo la configuración de lo que sea la acción manipuladora del material pornográfico inserta en el tipo. Una descripción de esos comportamientos que fuera consecuente con el bien jurídico

Se limita, además de a recoger jurisprudencia norteamericana y española, a precisar que no todo material no convencional relativo a temas sexuales constituye pornografía y a recordar que la delimitación del concepto debe respetar los derechos constitucionales de la libertad de expresión y de cátedra, Vives Antón, *op. cit.*, pp. 613-614.

Para Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 205 se trata de "la producción literaria y artística de contenido lúbrico u obsceno que pretende reproducir vivencias reales" en otros.

(137) Véase al respecto Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, p. 507; del mismo, "La protección...", *op. cit.*, p. 155. De la misma opinión Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 107. Utilizan además el término "representación" Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 420; Bajo Fernández, "Manual...", *op. cit.*, p. 192; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 232.

(138) Aluden sin embargo a ellas Muñoz Conde, "Manual...", *op. cit.*, p. 420; Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 107. Propuse vincular incluso el concepto de "representación" siempre a objetos materiales en Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, p. 507, por más que ahora pienso que podría ampliarse el concepto si no lo impidiere el término "material". Véase también sobre las clases de materiales abarcados Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 232.

protegido en estas conductas exigiría, desde una perspectiva subjetiva, que existiera en el autor la tendencia de involucrar a otro en un contexto sexual y, desde una perspectiva objetiva, que se diera lugar a una confrontación directa de la víctima con el contenido de tales representaciones (139).

Ambas exigencias pueden respetarse con la actual enumeración de conductas típicas ya que, pese a la referencia genérica a "por cualquier medio", los verbos aludidos permiten interpretarse como referidos en todo momento a contactos directos de los menores o deficientes con la pornografía, sin que se incluyan actividades previas como las de fabricación, publicación, suministro, almacenamiento, distribución... que llevaban en la práctica a la punición absoluta de pornografía, también en relación a adultos que consintieran o desearan aquella (140). A favor de una interpretación en ese sentido habla igualmente la utilización de la preposición "entre" menores o deficientes en este tipo (141).

Así, por "difundiere" no deberán entenderse labores de distribución genérica de material pornográfico que pueda ir a parar a menores o deficientes, sino el poner dicho material a disposición directa e inmediata de tales personas; por "vendiere" habrá que exigir igualmente una efectiva oferta mercantil dirigida específica y concretamente a esas personas; y por "exhibiere" una confrontación directa de los menores con tales materiales. En todos los casos no es preciso que la conducta vaya referida a personas debidamente iden-

(139) Sobre estas exigencias véase Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 400-402. De la misma opinión Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 107-108.

(140) Véase al respecto, con una crítica al término "publique" contenido en el Proyecto 80 y en la Propuesta 83, Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 401-402, 507-508; del mismo, "La protección...", *op. cit.*, pp. 155-156. Asume la crítica al concepto de "publicar" Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 105. Interpreta del mismo modo las actuales exigencias Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 421.

(141) Llama la atención sobre esta preposición Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 106.

tificadas previamente, pudiendo dirigirse a menores o deficientes indeterminados siempre que la conducta se concrete en alguno de ellos; en la primera alternativa la puesta a disposición debe concretarse en una pluralidad de personas dado el significado del término "divulgar" (142). En todas las hipótesis no será suficiente con una confrontación con el objeto en el que se contiene la representación en sí, sino que, cuando éste no sea suficientemente explícito, será preciso, si queremos ser coherentes con el bien jurídico protegido, que el menor o deficiente tenga acceso al contenido, aunque sea parcial, de la representación, o bien se le explique o desvele tal contenido (143).

Al margen de las exclusiones que se producen en el ámbito del tipo a partir de las referencias subjetivas, objetivadas o no, de los conceptos de material pornográfico o de acción manipuladora de tal material, cabría plantearse la posibilidad de apreciar en estas conductas como causa de justificación el denominado "privilegio del educador", relativo a una educación sexual temprana o no demasiado convencional por parte de los encargados de la educación o in-

(142) Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 105-106, aun considerando deseable y técnicamente posible la interpretación propuesta, considera que predominará otra, también posible, según la cual se penará cualquier acción que directa o indirectamente ponga en relación la pornografía con menores o deficientes, con la única restricción de que los comportamientos deben tener por destinatarios a esas personas; en ese sentido, entiende por difundir la simple distribución. Sin dejar de reconocer ese riesgo, estimo que se puede hacer el esfuerzo de proponer una interpretación como la expuesta en texto, que, por lo demás, prácticamente se reduce a interpretar restrictivamente el término "difundiere". Véase una explicitación de los términos también en Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 205.

(143) En sentido parecido Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 108.

Al margen de las definiciones dadas de los verbos típicos, exigen claramente una tendencia de involucrar a la víctima en un contexto sexual Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 421; Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 111. Con todo propenden a confundir esta última tendencia con la tendencia lasciva, quizás por no diferenciar entre el contenido de la tendencia objetivada a la representación, que es la lasciva, y la tendencia de la acción manipuladora de la representación, que es la involucradora; véase supra.

formación de menores o deficientes, y que podría integrarse en el ejercicio legítimo de un derecho (144). Es éste un tema aun pendiente de detenido estudio en nuestro país y que en otra ocasión consideraré que, en relación con las conductas sexuales que implican contacto corporal, nuestro Código resolvía satisfactoriamente respecto a las hipótesis más claras" (145). Resulta difícil formular una opinión en el ámbito de las conductas sexuales provocadoras sin que hayan precedido esos análisis, aunque en cualquier caso debe decir que la mayor parte de esas conductas, con una correcta interpretación de los arts. 431 y 432, estarán carentes del elemento de la tipicidad.

4.5. Penalidad y medidas de seguridad

La doctrina ha llamado, correctamente, la atención sobre la incongruencia punitiva que supone el que el delito de agresiones sexuales del art. 436 tenga la misma pena que la prevista para las conductas sexuales provocadoras entre adultos y una pena inferior a la de esos tipos cuando van referidos a menores o deficientes, o que incluso el propio delito de estupro fraudulento del art. 435 contenga una pena superior a la de los referidos tipos de menores y deficientes. En efecto, desde ningún punto de vista es aceptable semejante situación (146).

También resulta cuestionable la diferencia de penalidad, dentro del art. 431, entre el tipo referido a menores y el referido a adultos: La diferente amplitud de ambos tipos ya refleja debidamente las peculiaridades del atentado a la li-

(144) A favor de él Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 421. En contra Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 109-110.

(145) Véase Díez Ripolles, "La protección...", *op. cit.*, pp. 87-93.

(146) Véase Vives Antón, *op. cit.*, p. 613; Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 104; Bajo Fernández, "Manual...", *op. cit.*, p. 191.

bertad según quiénes sean los sujetos pasivos, y convierte en improcedente una distinción ulterior en la pena (147).

Algún sector doctrinal ha considerado igualmente incorrecta la equiparación de penas entre los dos tipos de conductas sexuales provocadoras referidas a menores (148). Mi conocida postura favorable a integrar todas las conductas sexuales provocadoras en un solo tipo da a entender mi opinión contraria al anterior punto de vista.

Con todo acierto, algún autor ha recordado que siguen vigentes en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social determinados estados peligrosos, con sus correspondientes medidas de seguridad, que resultan absolutamente incongruentes con la actual consideración de las conductas sexuales provocadoras, en cuanto consideran peligrosas a las personas que se dedican a cualesquiera actividades relacionadas con la pornografía o su apología, así como a las que realicen actos de exhibicionismo atentatorios a la moral y a los que pongan a disposición locales para todas esas actividades (art. 2 B.5º de la LPRS). Con independencia de cómo puedan repercutir las recientes sentencias del Tribunal Constitucional sobre las medidas de seguridad predelictuales, procede de modo urgente la derogación de estas previsiones (149).

En todo caso, quizás debiera retomarse la idea recogida en el Proyecto de 1980 de otorgar posibilidades de sustitución de pena por medida de tratamiento al menos en relación con los que respondan a la tipología psiquiátrica del exhibicionista (150).

(147) Del mismo modo Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 104.

(148) Véase Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 112-113; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 205.

(149) Véase Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 101-102, 113.

(150) Véase esta problemática en Díez Ripollés, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 540, 542-543, 556-558, donde mantenía una opinión favorable a introducir la medida para todos los casos de conductas sexuales

4.6. Insuficiencias en la creación de los delitos relativos a conductas sexuales provocadoras

La situación legal actual ha constituido un enorme avance respecto a la que existía anteriormente. Pese a ello la regulación es notablemente mejorable, como ya hemos ido señalando a lo largo de todo su análisis.

Siguen persistiendo elementos que constituyen restos de moralización, como los uniformes y elevados límites de edad, la protección de todo tipo de deficientes, y la no punición de la confrontación no deseada con pornografía entre adultos, y riesgos claros de infiltración de contenidos de esa clase, como en relación al término "obsceno".

Existen además importantes defectos técnico-jurídicos, como la muy incorrecta formulación de las acciones del art. 431, y la innecesaria y disfuncional casuística de las acciones manipuladoras del material pornográfico. Todas ellas podrían haberse evitado utilizando una formulación típica más depurada y que hubiera podido abarcar todas estas conductas en un único tipo (151).

6. LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCION

Muy escasas han sido las reformas producidas en estos delitos, ligadas en todo caso a la profundización en el

provocadoras siempre que se apreciara el correspondiente fondo neurótico en el autor.

Alude a la posible aplicación de medidas a los exhibicionistas dentro de la actual regulación Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 419-420; Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 101.

(151) Véase en tal sentido una propuesta concreta en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, p. 161.

concepto de libertad sexual (152). Así, se sustituye la referencia a "deseos deshonestos" por la de "deseos sexuales", y se rebaja el límite de edad de los delitos de prostitución de menores de los 23 a los 18 años: El límite de edad anterior resultaba constitucionalmente insostenible, pero nuestra jurisprudencia no lo estimaba así, por más que en ocasiones había afirmado que debía reformarse tal tope de edad (153).

Resulta especialmente lamentable lo poco que se ha hecho de cara a una configuración auténticamente moderna de los delitos relativos a la prostitución. Estamos ante el único grupo de delitos sexuales que aún no ha experimentado una verdadera reforma en línea con el bien jurídico protegido de la libertad sexual, lo que es tremendamente grave si se piensa que dentro de estos comportamientos se encuentran algunos de los atentados más graves contra la libertad sexual, superiores incluso al delito de violación.

Los tipos debieran estructurarse en torno a conductas que atenten a la libertad sexual de la persona prostituida, sea porque le determinan en contra de su voluntad al ejercicio de la prostitución, o a su ejercicio en determinadas condiciones de dependencia, sea porque sin poseer aun la capacidad de decisión en este ámbito o poseyéndola limitada-mente, le determinan a su ejercicio.

Sin embargo los tipos actuales, al margen de su posible interpretación en su mayor parte de acuerdo al bien jurídico anterior, se alejan de una estructura punitiva como la acabada de describir, presentando además innumerables

(152) Atribuyen el mismo punto de referencia a las reformas realizadas Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 159.

(153) Véanse, con las correspondientes referencias jurisprudenciales, Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 43; Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 159-160; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 232; Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, p. 178, con ulteriores referencias doctrinales.

defectos, de los que de modo breve y selectivo podemos destacar los siguientes (154):

En general debe señalarse la persistencia de componentes moralizadores, así como la presencia de descripciones vagas y reiterativas (155).

Más en concreto resultan rechazables los tipos que penan conductas relacionadas con la corrupción del menor ya que, en primer lugar, sólo con dificultad es interpretable el término en coherencia con la idea de libertad sexual, y en segundo lugar, las conductas que pretenden acogerse allí y que son merecedoras de pena pueden ser incluídas en los restantes tipos del Derecho penal sexual ajenos a la prostitución (156). Por lo demás, el art. 452 bis e) es impreciso, contiene ulteriores referencias moralizadoras, y las conductas merecedoras de pena en él incluídas caben en otros delitos incluso no sexuales. A su vez el art. 452 bis b) 2º, además de impreciso, resuelve muy insatisfactoriamente, en compañía con el 452 bis a) 2º, los problemas derivados de la consideración de buena parte de los delitos sexuales como delitos de propia mano, lo que, como ya vimos, debería hacerse en otro lugar.

En la prostitución referida a adultos, el art. 452 bis a) contiene comportamientos en los que no se exige la oposición de la víctima (nº 1), o en los que se utilizan referencias claramente moralizadoras ("tráfico inmoral" en nº 3). El art. 452 bis c), que pena el rufianismo, contiene matices moralizadores y el conveniente mantenimiento del tipo debería ser

(154) Véase ampliamente sobre las objeciones que siguen y otras, antes de la reforma, Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 170-182, con amplias referencias bibliográficas.

(155) En la misma línea tras la reforma Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 160-161; Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 424-425.

(156) En la misma línea, tras la reforma, Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 160-161.

a costa de una profunda reformulación en la que lo decisivo fuera la voluntad de la víctima.

Asimismo el art. 452 bis d), alusivo al proxenetismo, es demasiado amplio, dando lugar a concursos de leyes insatisfactorios, y resulta poco defendible su castigo autónomo desde el punto de vista del injusto de estas conductas.

No deben olvidarse igualmente las serias incongruencias en la penalidad, como las que hacen que la prostitución de menores tenga menor pena que la de adultos (157), o que las penas de rufianismo sean inferiores a las de los tipos de prostitución referidos a adultos.

6. PRECEPTOS RELATIVOS A LA PERSEGUIBILIDAD

Conocida es la polémica sobre la conveniencia de configurar estas figuras delictivas como delitos públicos o bien semiprivados; ya en otro lugar he tenido ocasión de pronunciarme a favor de un régimen de delito semiprivado pero permitiendo notables excepciones (158). En cualquier caso, el análisis de las reformas de 1988 y 1989 muestra tendencias contrapuestas.

Así, y en relación con las conductas sexuales provocadoras, se ha considerado conveniente convertir en delito perseguible sólo tras denuncia del ofendido el subtipo del art. 431 que va referido a los mayores de edad, si bien se mantiene como delito público el que tiene como víctimas a

(157) Así, tras la reforma, Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 424.

(158) Véase, con una recopilación de los argumentos utilizados en defensa de cada una de las opciones, Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 188-196. Tras las reformas de 1988 y 1989, se muestran a favor de mantener, al menos por el momento, o diferenciadamente, el carácter semiprivado de estos delitos Rodríguez Ramos, *op. cit.*, pp. 244-245; Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 157-158. En sentido contrario Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 42.

menores y deficientes así como el tipo relativo a las mismas víctimas del art. 432.

La introducción de la denuncia respecto a los adultos ha sido saludada positivamente por la doctrina en su mayoría (159). A mi juicio, tanto la identidad del bien jurídico protegido en estas conductas con el del resto del Derecho penal sexual, como el dato de que estamos ante las conductas más leves de todo él, aconsejan un tratamiento de estas conductas equiparable a las del resto del Derecho penal sexual. A lo anterior debe añadirse el carácter concluyente que cabe derivar de la denuncia respecto a la efectiva lesión de la libertad de la víctima, algo que tiene importancia en estos tipos situados en el límite de lo que debe protegerse jurídicopenalmente (160). De ahí que quepa valorar favorablemente la introducción de esa exigencia respecto a los adultos.

Sin embargo ello resulta insuficiente, debiendo lamentarse que no se haya optado por una remisión de todas las conductas sexuales provocadoras al régimen general de los delitos sexuales, contenido en el art. 443: No haberlo hecho así da lugar a ciertas disfunciones, difícilmente justificables, como la de que los tipos de provocación sexual referidos a menores y deficientes son considerados delitos públicos, sin mayores exigencias respecto a su perseguibilidad, mientras que los otros delitos sexuales relativos a menores o incapaces se consideran semiprivados y exigen la denuncia, por más que ésta la pueda formular el Ministerio Fiscal en

(159) Así Bajo Fernández, "Manual...", p. 191; Vives Antón, *op. cit.*, p. 612; Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 98.

Por el contrario Alonso de Escamilla, *op. cit.*, pp. 197-198 critica que al adulto, con esa exigencia, se le haya permitido hacer su especialísima interpretación del tipo del art. 431, siendo más correcto que se hubieran despenalizado las conductas entre adultos. Se muestran reticentes Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, pp. 204-205.

(160) Véanse éstos y otros argumentos en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, p. 193; del mismo, "Exhibicionismo...", *op. cit.*, pp. 543-547.

último término; o la relativa a la variada referencia a "deficientes" en los arts. 431 y 432 y a "incapaces" en el art. 443 (161).

En la misma línea acentuadora del carácter semiprivado de estas conductas cabe incluir la desaparición del art. 443 de la posible denuncia del Fiscal, o la intervención de oficio del Juez, en caso de personas desvalidas. La citada supresión, sin embargo, no me parece acertada, ya que se trataba de un instrumento muy útil para suavizar el régimen de delito privado sin necesidad de pasar al régimen de delito público. La configuración de un concepto amplio de desvalimiento, no limitado a la mera inasistencia familiar sino abarcador también de otras situaciones de desamparo, así como de dificultad de acceso a la justicia por cualesquiera razones, permite eludir la mayor parte de las objeciones al régimen de delito privado manteniendo sus ventajas. Tal concepto, por otra parte, resultará especialmente adecuado para atender a un buen número de supuestos de prostitución una vez que se realice su reforma en línea con el bien jurídico de la libertad sexual (162).

También reduce las excepciones al régimen de delito semiprivado la desaparición de la legitimación de la Junta de protección de menores y de los Tribunales tutelares de menores para denunciar estos delitos cuando se trate de menores (163). Creo, igualmente, que estamos ante una res-

(161) Apoya igualmente la remisión al art. 443 Díez Sánchez, *op. cit.*, pp. 98-99.

(162) Sobre la profundización en el concepto de desvalimiento, véase Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, p. 193.

Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 157 llaman con razón la atención sobre el hecho de que, tras la desaparición de la actuación de oficio del juez, ya ha perdido la mínima justificación que hasta la reforma tenía el uso del término "basta denuncia" en lugar del más correcto de "será precisa denuncia".

(163) Llamen también la atención sobre ello Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 157; Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 244; De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 7, quien lo explica por la modificación operada en esos organismos.

tricción discutible, que no puede justificarse en la nueva configuración del Derecho de menores, pues debiera haberse incluido, en contrapartida, la actuación de oficio de los actuales Juzgados de menores o la denuncia de la Entidad pública que tenga encomendada la protección de menores en el correspondiente territorio.

En sentido contrario, se han aflojado los requisitos de procedibilidad en el caso de los incapaces, en la medida que se ha equiparado su régimen al de los menores, algo que parece correcto y digno de alabanza (164).

Modificación de gran importancia, y también reflejo de esta última tendencia, es la supresión de la posibilidad de extinguir la responsabilidad penal a través del perdón. Se ha pretendido acertadamente, y atendiendo a las reiteradas solicitudes de la doctrina, eliminar tal causa extintiva en el ámbito de los delitos sexuales (165). Sin embargo, la superposición y el descuido de las recientes reformas ha conducido a que no pueda hablarse de una completa supresión de la eficacia extintiva del perdón en estos delitos, pues seguirá siendo posible respecto a las conductas sexuales provocadoras entre adultos del art. 431 p. 2, dada la vigencia para este tipo del art. 112 5º.

(164) Así también De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 7.

Véase con todo, supra, la incongruencia con las previsiones de los arts. 431 y 432 respecto a los deficientes.

(165) Véase al respecto Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 194-196. Igualmente favorables tras la reforma Rodríguez Ramos, *op. cit.*, p. 245; Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 42; De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 7; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 21, quien remite los supuestos que pudieran justificar el perdón a la institución del indulto.

Se muestran reticentes a una generalizada eliminación del perdón en estos delitos Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 157-158.

7. OTRAS DISPOSICIONES COMUNES

El art. 446 se ha adecuado acertadamente a la nueva regulación civil y administrativa, y se le ha descargado de algunas disposiciones estrictamente civiles (166).

No se ha aprovechado la reforma para eliminar los importantes defectos de los arts. 445 y 452 bis g), entre los que cabe mencionar la equiparación de penas entre autores y cómplices, la doble agravación a estos últimos, la violación del principio de la doble valoración, las incongruencias en cuanto a la naturaleza de las penas accesorias... (167).

8. LOS DELITOS RELATIVOS A LIMITACIONES A LA LIBERTAD SEXUAL

La pretensión de la reforma de 1989 de adecuar los delitos sexuales a la protección de la libertad sexual ha llevado al legislador a prestar igualmente atención a los arts. 383 y 384 que, sin estar sistemáticamente encuadrados entre los delitos sexuales, tienen como referencia comportamientos de esa naturaleza.

En coherencia con las reformas realizadas en el Título IX del Libro II, también aquí se elimina toda alusión a la honestidad, de forma que el epígrafe de estos delitos ya no reza "De los abusos contra la honestidad" sino "De las limitaciones a la libertad sexual", mencionando correctamente el bien jurídico protegido (168).

(166) Valoran la nueva regulación positivamente Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 158; Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 43; del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 426-427; De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 7. Consideran que la segunda parte de este artículo no era necesario que se reflejara en el Código penal Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 224.

(167) Véase extensamente en Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 201-203.

(168) En la misma línea De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 7.

Algún sector doctrinal, sin embargo, insiste en que no es la libertad sexual el objeto jurídico de protección de estos preceptos. Para unos, partiendo de un concepto improcedentemente restringido de lo que sean afecciones a la voluntad, el bien jurídico es uno plural consistente en el interés estatal en preservar la intimidad junto al interés social en el recto ejercicio de la función pública (169); para otro se protege frente a la infracción del deber de probidad y dignidad del funcionario respecto a las relaciones sexuales con personas que tengan algún asunto en el que ellos deban intervenir, constituyendo la libertad sexual todo lo más la *ratio legis* (170).

Discrepo de las interpretaciones anteriores: Nos encontramos en estas hipótesis ante supuestos de prevalimiento, resultando difícil de negar que en circunstancias personales como las concurrentes en estos tipos se pueda partir de un consentimiento a tener relaciones sexuales libremente otorgado (171). Esa misma facilidad de comisión derivada de las relaciones especiales entre autor y víctima explicaría la sin duda discutible decisión de adelantar las barreras de protección penal; el que, si se produce efectivamente la acción sexual, se pueda dar un concurso con el delito sexual que incluya en su tipo la realización de tal com-

(169) Así Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 161-162 quienes además, sorprendentemente consideran que el interés estatal primeramente aludido es aproximadamente equivalente a la protección del "proceso de formación de la voluntad para producirse sexualmente de manera espontánea", concepto por otra parte que es distinto del de la libertad sexual.

(170) Así Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 44-45; Del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 765-766.

(171) Sin embargo, así lo estiman Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, pp. 161-162, sin captar aparentemente que, a un nivel inferior a la intimidación, y con raigambre en el ámbito de los delitos sexuales, se encuentran los supuestos de afecciones a la voluntad consistentes en el prevalimiento, y aun el engaño.

Por el contrario, afirma en algún momento que se trata de situaciones de prevalimiento Muñoz Conde, *Ibidem*, por más que luego no persiste en esa idea.

portamiento sexual, en ningún caso puede utilizarse como argumento en contra de considerar como bien jurídico al de la libertad sexual ya que, consecuentemente, estaríamos ante un concurso de leyes a resolver por consunción (172).

Las consideraciones anteriores no nos deben hacer olvidar, pese a todo, los defectos que presentan estos tipos. Como ya he tenido ocasión de exponer más detenidamente en otro lugar (173), lo correcto hubiera sido crear, en el Título IX, un tipo de estupro de prevalimiento entre adultos, con su correspondiente tipo de agresiones sexuales, en el que cupieran situaciones especialmente intensas de prevalimiento producidas entre adultos, por lo general, aunque no necesariamente, en conexión con estados de internamiento de la víctima. En él podrían tenerse en cuenta las hipótesis más graves de las que ahora estamos analizando (174). Con un tipo como el esbozado se desistiría de adelantar de una manera tan indebida la protección penal como en los arts. 383 y 384, y, por otra parte, se dejarían fuera claramente tanto los supuestos de menores, ya correctamente abarcados en los correspondientes delitos de violación y estupro, como los de intimidación entre adultos, igualmente insertos en la violación y agresiones sexuales correspondientes (175).

(172) Véase en sentido contrario Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, pp. 44-45; Del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 765-766, quien, lógicamente, considera que estamos ante un concurso de delitos.

(173) Véase Díez Ripollés, "La protección...", *op. cit.*, pp. 98-100.

(174) Sin duda habría que reflexionar si debe traspasarse la exigencia de que la víctima esté internada y sometida con ello a una especial dependencia respecto al sujeto activo, lo que me parece dudoso. Véase *Ibidem*.

(175) De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 7 ha querido ver en estos delitos, en especial en el art. 383, una primera tipificación en nuestro Código de los acosos sexuales, hecha de un modo amplio en el marco de la función pública, y propone introducir el simple acoso y eliminar restricciones innecesarias como la de que existan pretensiones pendientes.

A mi juicio, si por "acoso sexual" se han de entender situaciones de prevalimiento, creo que el ámbito de su punición ha de ser el que acabo de expresar en texto hace un momento, y no considero por consiguiente que deba saludarse positivamente la persistente redacción de los arts. 383 y 384.

En cualquier caso, la interpretación de lege lata más arriba defendida lleva a considerar poco ilustrativa la referencia a "limitaciones" a la libertad sexual, si con ello quiere verse una nota distintiva entre estos delitos y los del Título IX.

A diferencia de la regulación anterior, con la actual, acertadamente, no se establecen limitaciones respecto al sexo de los sujetos pasivos (176), lo que conlleva una ampliación, no sólo de éstos sino igualmente de las conductas abarcadas, como veremos enseguida.

Por otro lado las relaciones de parentesco entre el solicitado y la persona que tenga pretensiones o que esté sometida a guarda se amplían, no sólo incluyendo los descendientes en general en ambos tipos e incluyendo la referencia a los ascendientes en el 384, sino también aludiendo a vínculos permanentes a través de relaciones de afectividad análogas a la matrimonial. Esta última expresión plantea la duda de si cabe incluir las relaciones homosexuales estables, masculinas o femeninas; a mi juicio así debe ser dado que la alusión a la analogía permite una interpretación que no se

Si, como parece más habitual, por acoso sexual se han de entender situaciones difícilmente delimitables en las que, en el peor de los casos, se afecta la voluntad de la víctima de una manera poco intensa, sin llegar a darse el concepto de prevalimiento, creo que estamos ante conductas que, más allá de su posible consideración entre las conductas sexuales provocadoras o en la falta del art. 585 4º, no merecen tratamiento penal, tanto por su escasa lesividad para el bien jurídico, como por el grave riesgo de inseguridad jurídica que plantearían a tenor de sus difusos contornos. Del mismo modo, en función de la escasa gravedad de estas conductas Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 401.

(176) Así Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 45; Del mismo, "Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 766-767; Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 162, quienes, consecuentes con su postura anterior, afirman que sujeto pasivo es en primer término el Estado y luego la persona solicitada; De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 7; Bajo Fernández, "La actualización...", *op. cit.*, p. 34; Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 44; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 1.164, quienes proponen ampliar el sujeto activo en los casos del art. 384 a las autoridades.

detenga ante las limitaciones por razón del sexo propias del actual concepto civil del matrimonio (177).

La conducta típica sigue siendo la de "solicitar", por más que ahora se añade el adverbio "sexualmente", que explicita y acota en un primer nivel el significado de la solicitud (178). Con todo, persiste la duda respecto a las conductas solicitadas abarcadas: Para algunos se trata exclusivamente del acceso carnal (179), mientras que otros piensan también en acciones sexuales de las incluidas en los delitos de agresiones sexuales (180). En mi opinión la actual redacción no impide incluir igualmente las acciones sexuales abarcadas en los delitos de provocación sexual (181).

(177) En sentido contrario Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 1.165.

(178) Así también Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 45; De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 7.

(179) Así Muñoz Conde, "La reforma...", *op. cit.*, p. 45; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 1.165.

(180) Así Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 44; Muñoz Conde, "Derecho penal...", *op. cit.*, p. 766, modificando postura anterior.

(181) Así Boix-Orts-Vives, *op. cit.*, p. 162 hablan de cualesquiera "atenciones sexuales".