

EGUZKILORE

Número Extraordinario 10.

San Sebastián

Octubre 1997

95 - 120

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Reyes GOENAGA OLAIZOLA

*Magistrada**Profesora del Instituto Vasco de Criminología*

Resumen: El nuevo Código Penal ha traído consigo un cambio en el concepto del bien jurídico que ha de protegerse en los delitos sexuales, que no es ya “la honestidad de la mujer” sino “la libertad sexual” de la persona. Esto ha provocado una nueva tipología del delito en cuestión, basada en el atentado contra la libertad sexual con la introducción de una serie de agravaciones, desechando antiguos términos como violación o estupro.

Laburpena: Kode penal berriak aldaketa ekarri du delitu sexualetan babestu behar den ondasun juridikoaren kontzeptuan, orain ez baita “emakumezkoaren duintasuna”, pertsonaren “sexu askatasuna” baino. Honek beste tipologia bat eragin du delitu horri dagokionez, sexu askatasunaren kontrako eraso izatean oinarritzen baita, zenbait areagotze gehiagorekin eta aspaldiko zenbait termino baztertuz, “bortxaketa” eta “estuproa” esate baterako.

Summary: The new Penal Code has entailed a change in the concept of the judicial asset which must protect itself in sexual offenses, which is no longer “a woman’s chastity”, but rather “the sexual freedom” of the person. This has provoked a new typology of the offense in question, based on the attempt against sexual freedom with the introduction of a series of aggravating circumstances, discarding old terms such as violation or raping of a minor.

Résumé: Le nouveau Code Pénal a entraîné un changement dans le concept du bien juridique qui doit se protéger dans les délits sexuels, on ne parle plus de “la décence de la femme” mais de “la liberté sexuelle” de la personne. Ceci a provoqué une nouvelle typologie du délit en question, fondée sur l’atteinte à la liberté sexuelle tout en introduisant une série d’aggravations, bannissant ainsi des termes anciens comme viol ou stupre.

Auszug: Das neue Strafgesetzbuch hat eine Änderung in der Meinung der rechtsgelehrte verursacht, der sich gegen Sexualitätsverbrechen beschützen muß, was nicht mehr “die ehrbarkeit der frau” ist sondern “die Sexualitätsfreiheit” der Person. Das hat das Verbrechen eine neue Dimension gegeben, basiert auf den attentat gegen die Sexualitätsfreiheit und mit der Introdution einer Serie Erschwerungen, alte Ausdrücke wie Schändung oder Notzucht wegwerfent.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal introduce, como es sabido, una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. La Exposición de Motivos del Código señala que con ello “se pretende adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos”.

Debe decirse, en todo caso, que este cambio de concepción en cuanto al bien jurídico protegido se debe más bien a la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989, en la que se modificó el rótulo del Título IX, abandonando la antigua terminología de Delitos contra la honestidad.

Y tanto esta reforma de 1989, como la que ahora nos ocupa, responden a una inquietud doctrinal generalizada que se produjo al inicio de los años ochenta en cuanto a la necesidad de que el Código abandonase la tutela de la honestidad como bien jurídico. Se postulaba la reforma del derecho penal en este ámbito para que se tutelara la libertad sexual como bien jurídico individual de la persona¹.

Se buscaba con este cambio de enfoque una cierta laicización del instrumento punitivo en la materia, a la luz de los valores de la Constitución de 1978, y un abandono del concepto de moral sexual dominante, que se reflejaba en los tipos penales mediante la tutela de intereses familiares, matrimoniales stricto sensu, o de expectativas matrimoniales².

Así pues, el *bien jurídico protegido* en los delitos previstos en los arts. 178 a 194 del Código es ya claramente la *libertad sexual*, entendiéndose con ello que estamos ante un objeto jurídico de protección que se inserta en la esfera de la libertad personal, y cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual actual o potencial. Esto significa, respecto a los adultos, que la orientación de los tipos penales se dirige a castigar conductas que obstaculicen la libre opción sexual, y respecto a los menores, que los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual³.

Las novedades fundamentales en la regulación de los delitos sexuales se concentran en los tres primeros capítulos del Título, estableciéndose una especie de graduación por la gravedad de las conductas, de tal modo que primero se tratan los ataques contra la libertad sexual efectuados con violencia o intimidación (agresiones sexuales), a continuación los ataques de esa naturaleza, efectuados sin violencia o intimidación, pero sin consentimiento (abusos sexuales), y por último, las conductas de solicitud de favores sexuales prevaleciendo de superioridad (acoso sexual).

La Exposición de Motivos del Código se refiere a la novedad de las técnicas punitivas utilizadas, señalando que “en este caso, alejarse de la tradición parece un

1. DÍEZ RIPOLLÉS. *El Derecho Penal ante el sexo*. Ed. Bosch. 1981. Pág. 260.

2. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Ed. Aranzadi. 1996. Pág. 872.

3. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Op. Cit.*

acuerdo”, y este comentario no ha dejado de provocar críticas en algunos comentaristas, que han señalado la complicación innecesaria del marco legal y el abandono de una terminología (violación, estupro...) socialmente muy arraigada y con un contenido claramente definido⁴.

En mi opinión, sin embargo, la sistemática del Código simplifica y aclara conceptos: se parte de un concepto básico de la conducta, el atentado contra la libertad sexual (en un caso con violencia o intimidación y en otro no, pero sin consentimiento), y lo que se introduce es una serie de agravaciones teniendo en cuenta la cualidad, o la gravedad, de los medios por los que se anula la voluntad de la víctima. De este modo, situaciones como la del acceso carnal sobre un menor de edad o sobre una persona privada de sentido o con un trastorno mental, ya no implican necesariamente la forma más grave, la agresión sexual (antes violación), sino que la calificación como agresión o como abuso dependerá de que el medio empleado lleve consigo violencia o intimidación o no la lleve.

Ahora bien, como trataremos de poner de manifiesto a lo largo de esta exposición, esa sistemática lleva en algún caso (en los abusos sexuales, por ejemplo) a construir unos tipos con un contenido escaso, y difícil de imaginar en la práctica (“tipos de recogida”, los denomina algún autor).

En cuanto al abandono de las categorías tradicionales de violación o estupro, responden a esta misma preocupación sistemática, pero no puede olvidarse, tampoco, que desde el punto de vista victimológico se habían denunciado los procesos de victimización que llevaba consigo el término “mujer violada”, y en ese sentido, aunque el cambio exija una redefinición jurisprudencial de conceptos, produce una impresión favorable.

Haremos a continuación un recorrido por los diferentes tipos penales, destacando aquellos puntos que a nuestro modo de ver tienen mayor interés.

1. LAS AGRESIONES SEXUALES

Esta conducta aparece regulada en los arts. 178, 179 y 180 del Código, girando todos ellos alrededor del concepto de *agresión sexual*, que debe ser entendido, en palabras de la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado, como todo ataque a la libertad sexual de otro imponiéndole con violencia o astucia actos o comportamientos en las condiciones típicas.

a) El tipo básico

En el art. 178, se sanciona al que *atentare contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación*.

4. ORAA, J. “Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas”. *La Ley*. nº 4044. Pág. 4.

También en ese sentido: OCTAVIO DE TOLEDO, E. “Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995”. *Actualidad Penal* nº 32.

El delito, que toma algunos elementos del antiguo art. 430 del C.P. derogado (antiguo delito de abusos deshonestos), es más amplio que aquél, puesto que la acción en la que se basa no es ya la agresión sexual, que implicaba un contacto corporal entre sujeto activo y pasivo, sino que incluiría una variada dinámica comisiva, siempre que atente a la libertad sexual de otro, y se realice con violencia o intimidación. Así, quedarían aquí incluidas conductas como el obligar a otro a realizar contactos sexuales sobre sí mismo, que con la definición anterior de “agresión” quedaban fuera del precepto del art. 430.

Ahora bien, precisamente la amplitud de la expresión “*atentado contra la libertad sexual*”, merece cierta crítica porque supone la indeterminación de la conducta que se pretende castigar. En este sentido, algunos autores se han planteado si cabría incriminar por este art. 178 el mero impedimento al ejercicio de la libertad sexual entre terceras personas adultas (efectuado, eso sí, con violencia o intimidación) o la conducta del padre que, al sorprender a su hijo mayor de edad masturbándose en el baño, le obliga intimidatoriamente a abandonar su actividad. De inmediato se contesta (López Garrido, García Arán, Fermín Morales...) que esto supondría una interpretación excesivamente ampliadora del tipo penal, y que debe descartarse por argumentos teleológicos y sistemáticos extraídos del conjunto del articulado del capítulo. Por todo ello, se dice⁵, la definición sigue reclamando la verificación material de una “conducta sexual”, entendiéndose por tal aquella que sirve para satisfacer o en su caso excitar un ánimo libidinoso o lúbrico.

La cuestión quedaría resuelta así desde el punto de vista teórico, y desde luego parece que el propio sentido común (que debería servir también de pauta interpretativa de las normas penales) reclama una solución de este tipo, puesto que la mera lectura de los ejemplos que hemos puesto lleva a pensar que sería excesiva la sanción de tales conductas como delitos contra la libertad sexual (si acaso, en el primero de los supuestos, podríamos encontrarnos ante un delito de coacciones dependiendo de las circunstancias del hecho y su gravedad). El problema es que, en la práctica, una indeterminación de la conducta como la que lleva consigo el art. 178 puede dar lugar al inicio de procedimientos penales por una variadísima dinámica comisiva, lo que supone poner en peligro el principio de intervención mínima que debe regir las normas penales, y exigirá en todo caso una labor delimitadora por parte de la Jurisprudencia.

Sujeto activo y pasivo del tipo básico de agresiones sexuales puede serlo cualquiera, mujer u hombre, en consonancia con la idea central de que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, y la conducta, cualquier atentado contra ella. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia a través de numerosas sentencias (entre las más recientes, la de 23 de septiembre de 1992, o la de 29 de marzo de 1994) se han ocupado de precisar que es irrelevante la mayor o menor honestidad, promiscuidad, o la costumbre sexual de la víctima, cuestión que se planteó en relación a las agresiones sexuales o violación de prostitutas.

El elemento definidor de este tipo penal del art. 178, y lo que lo distingue del de abuso sexual previsto en el art. 180, es la *violencia o intimidación*. Debe des-

5. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Op. Cit.* Pág. 876.

tacarse que el Código ha sustituido el concepto de “fuerza” que empleaba en el antiguo art. 429 por este de “violencia”, de tal forma que deberá entenderse que se trata de una *vis física* ejercida sobre el cuerpo de la víctima.

Se dice, por otra parte, que el concepto de fuerza iba necesariamente unido al de resistencia de la víctima (en tanto en cuanto se fuerza cuando es preciso vencer una resistencia), y que ahora, con el término *violencia*, bastará con acreditar que se produjo una violencia idónea para doblegar la voluntad del sujeto pasivo⁶. Entiendo, no obstante, que siempre deberá partirse de la falta de consentimiento en el sujeto pasivo, y que con ello, y en la práctica procesal, seguirá planteándose la cuestión de la resistencia como acreditativa de esa falta de consentimiento.

En todo caso, cabe recordar que la Jurisprudencia ha evolucionado notablemente en este punto, y así puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1995, en la que se refiere a tal cambio jurisprudencial: “lo verdaderamente importante en la violación, desde el punto de vista jurídico, es saber de la intencionalidad decidida del violador, es saber de los medios empleados en su ataque físico o moral. Porque en cuanto a la resistencia que el sujeto pasivo por su parte ofrece, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía fuera ésta trascendente, casi heroica, estimándose suficiente una resistencia seria, más tarde definida como razonable, cuando no incluso se llega a prescindir por completo de las características de una actitud defensiva que, sin otra eficacia jurídica, sólo puede hacer peligrar incluso la vida misma”.

En cuanto a la *intimidación*, supone el empleo de cualquier forma de *vis psíquica* que lleva al sujeto pasivo a ceder a los propósitos del agente, “ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva” (Sentencia T.S. de 25 de marzo de 1994).

b) El tipo cualificado por el acceso carnal o conducta asimilada

El *art. 179* sanciona con una pena de seis a doce años cuando la agresión sexual *consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal*.

Este precepto contiene parte de las tradicionales conductas constitutivas de violación del antiguo art. 429, así como de las conductas de agresión sexual agravadas por la introducción de objetos del art. 430.

El delito de violación, ya desde la reforma de 1989, se refería al acceso carnal de otra persona, por vía vaginal, anal o bucal, y se entendía por la mayor parte de la doctrina que el término *acceso* implicaba la presencia del órgano sexual masculino, aunque no necesariamente dicho órgano fuera aportado por el sujeto activo del delito, admitiéndose así que *sujeto activo del delito* pudiera ser tanto el hombre

6. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Op. Cit.* Pág. 878.

como la mujer (se pensaba en supuestos en los que una mujer obligara a un menor o a un enajenado al coito vaginal o anal)⁷.

El actual texto del art. 179, que distingue entre acceso carnal, introducción de objetos y penetración bucal o anal, ha llevado a algún autor⁸ a sostener que el Nuevo Código ha excluido a la mujer como eventual sujeto activo del delito cualificado, con la única excepción de la modalidad consistente en la introducción de objetos. La explicación es la siguiente: cuando el texto legal diferencia entre acceso carnal y penetración bucal o anal, y especialmente cuando utiliza la expresión penetración está pensando en exclusiva en el varón, puesto que es preciso la aptitud fisiológica para “penetrar”. Y si en estos supuestos se está pensando exclusivamente en el sujeto activo-hombre, dicen estos autores, no tendría sentido no sostener esa restricción para el acceso carnal.

Por nuestra parte, sin embargo, no terminamos de entender esta restricción, y por el contrario la utilización del término “acceso carnal”, y no “penetración vaginal”, nos hace pensar en una amplitud en la interpretación de la conducta incriminada, y de los sujetos activos, en consecuencia, y no vemos motivo para cuestionar la doctrina a que había dado lugar en este punto el delito de violación. No nos parece válido el argumento de que, desde un punto de vista práctico, sean mucho menos frecuentes las conductas de acceso carnal en las que el sujeto activo sea una mujer, y no parece razonable que cuando esas conductas se produzcan, por infrecuentes que sean, se sancionen por el tipo básico de agresión sexual, con una penalidad notablemente inferior.

En cuanto a las *conductas* previstas en el tipo cualificado, éste se refiere en primer lugar al *acceso carnal*, debiendo entenderse el mismo como coito vaginal heterosexual. La cuestión se ha centrado jurisprudencialmente en determinar cuál es el grado de contacto o de unión que ha de producirse entre los órganos femenino y masculino para entender consumada la conducta típica. Por una parte, se ha sostenido, que basta con la *coniunctio membrorum*, lo que supone el contacto directo entre el órgano genital masculino y la vagina, mientras que en otras sentencias se ha exigido un mínimo de penetración en la vagina de la mujer.

Valga citar, por todas ellas, la Sentencia de 15 de junio de 1995, que resume las tesis más actuales del Alto Tribunal: “dentro de un contexto todavía en cierto modo discrepante se considera consumada la violación en los supuestos del denominado coito vestibular que afecta sólo a los órganos genitales externos, lo que quiere significar que cualquier penetración en el interior de la cavidad genital femenina constituye el delito que se examina, en tanto que los labios majus y minus forman con la vagina una unidad.” En el mismo sentido la Sentencia de 20 de junio de 1995: “... aunque no traspase la zona vestibular que tiene por frontera el himen, ya aten-

7. Así lo indica MUÑOZ CONDE en su *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª Edición. Pág. 419. No así BAJO FERNÁNDEZ en *Derecho Penal. Parte Especial*. 1995, pág. 203, que aboga por la creación de otro precepto, distinto a la violación, de gravedad equivalente, cuando el sujeto pasivo es el hombre.

8. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Op. Cit.* Pág. 879.

ta con plenitud de efectos contra la libertad sexual de la mujer ... y en cualquier caso lesiona o agravia su intangibilidad sexual y su intimidad”.

Por lo que se refiere a las otras conductas previstas en el tipo cualificado, en cuanto a la *penetración bucal o anal*, ya se ha dicho que exigen la aptitud fisiológica del sujeto activo para realizar la conducta, lo que supone que el sujeto será siempre un hombre. De este modo, conductas como el cunnilingus, practicado por hombre o por mujer, o la fellatio, cuando el sujeto activo es la mujer, quedan fuera del tipo cualificado, y se sancionan por el tipo básico de agresión sexual. Si comparamos las conductas que acabamos de señalar con las previstas de penetración bucal, por ejemplo, no se comprende la razón que justifica una diferencia en la pena de esa naturaleza (piénsese que el tipo básico dispone una pena de uno a cuatro años y el cualificado de seis a doce años).

Por último, en cuanto a la *introducción de objetos*, habrá que entender, dada la amplitud terminológica del vocablo, la introducción por las vías vaginal, anal o bucal, de cualquier cosa u objeto distinto del pene que suponga una atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo (hombre o mujer), aunque normalmente será de objetos destinados específicamente a la excitación sexual, o susceptibles de sustituir de alguna forma al miembro sexual del varón⁹.

Dentro de estas conductas plantea algún problema interpretativo la introducción de objetos por vía bucal, puesto que mientras algunos autores (Orts) mantienen que la introducción por cualquiera de las vías citadas configura la conducta típica, siempre que vaya acompañada de un ánimo lúbrico o libidinoso, otros autores (Morales Prats) sostienen que es preciso que la introducción instrumental venga acompañada de conductas que objetivamente incorporen una dimensión de atentado sexual al acto.

Se pone como ejemplo por estos últimos autores, el supuesto en que la víctima es obligada a masturbarse mientras realiza la succión de un objeto, supuesto en el que la conducta configuraría el tipo cualificado. Como ejemplo contrario se señala el caso de la introducción del revólver o el arma blanca en la boca, con fines exclusivamente intimidatorios, aunque en el contexto de una agresión sexual, y se sostiene que este caso no configura el tipo cualificado del art. 179.

c) Las figuras agravadas del art. 180

Este precepto contiene una serie de circunstancias de agravación que se aplican tanto sobre el tipo básico del art. 178, como sobre el tipo cualificado del art. 179, determinando que se sancionen con la pena de cuatro a diez años para las agresiones del art. 178, y de doce a quince años para las del art. 179. Las circunstancias son las siguientes:

– *Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*. Lo primero que debe aclararse es que el

9. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. Cit.* Pág. 221.

carácter degradante o vejatorio se refiere al medio violento o intimidatorio que configura la agresión sexual, no a la propia agresión sexual, que en sí misma tiene siempre carácter degradante y humillante para la víctima. Precisamente por eso, es difícil imaginar el contenido de esta agravación; será labor de la Jurisprudencia dar contenido concreto a este “carácter particularmente degradante” de la violencia ejercida, que se presenta en principio como poco definido. Puede ilustrar aquí la opinión de Bajo Fernández, que refiriéndose al segundo párrafo del antiguo art. 430 (medios, modos o instrumentos brutales, degradantes, o vejatorios), consideraba que el legislador pretendía cualificar determinadas prácticas sadomasoquistas que pueden añadir un mayor desvalor al delito.

– *Cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo.* Antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal se había entendido jurisprudencialmente que en caso de pluralidad de partícipes cada uno debía ser sancionado como autor de su propia agresión sexual y como copartícipe de las agresiones de los otros. Por el contrario, a raíz del nuevo texto, y por la existencia de esta circunstancia de agravación, puede entenderse que, en beneficio del reo, se sancionará a cada uno de los partícipes como autor de un solo delito de agresión cualificado por esta circunstancia.

Sin embargo, esta interpretación plantea una situación poco coherente en la práctica, que la hace rechazable: en el supuesto de dos sujetos activos (no de tres como dice esta circunstancia) se aplicará la doctrina citada arriba, es decir cada uno responderá de su agresión como autor y de la otra como partícipe, mientras que si los sujetos activos son tres, cada uno responde sólo como autor de un delito agravado por este art. 180, 3º. Evidentemente esto no es admisible desde el punto de vista del principio de igualdad.

– *Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación.* Sanciona esta circunstancia los supuestos en que la víctima tenga una importante disminución de las posibilidades de defensa frente a su agresor (vulnerabilidad). Debe decirse, en primer lugar, que es preciso que el sujeto activo conozca esta circunstancia de especial vulnerabilidad y se aproveche de ella.

Y en segundo lugar, debe destacarse la gran indefinición que de nuevo encontramos en este precepto. Piénsese que el Código no señala límites para la edad del sujeto pasivo, ni en el caso de la menor edad, ni en el de la vejez, lo que obligará a cada Juez a explicar adecuadamente en la sentencia por qué ha entendido que ello provoca una especial vulnerabilidad de la víctima. Lo mismo ocurre con la enfermedad física o psíquica, que exigirá que produzca esa especial disminución en la defensa del agredido; y ocurre más aún en el supuesto de vulnerabilidad “por razón de situación”, expresión absolutamente indeterminada que esperamos reciba pronto un contenido concreto por parte de la Jurisprudencia.

Ni que decir tiene que a nuestro entender no es adecuada esta amplitud e indefinición en una causa de agravación (que por principio debería tener una interpretación restrictiva), y creemos que dará lugar a resoluciones “variadas” en los Juzgados y Tribunales.

– *Cuando el delito se cometa, prevaleciendo de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima.* La idea que subyace en esta agravación es la de prevalimiento, entendiéndose que con la convivencia familiar se crean vínculos que pueden producir alteraciones en la libertad de la víctima. Pero, siendo ésta la finalidad razonable del precepto, no es muy compatible con la conducta violenta o intimidatoria que exige el tipo.

Por otra parte, llama la atención la amplitud de la regulación, puesto que el Código se refiere a todo un extenso catálogo de parientes (llegando a incluir a los parientes por afinidad), con los que puede no existir relación de convivencia, o incluso relación alguna. Por eso, pensamos que el Código sanciona aquí el propio dato del parentesco, y esto ha llevado a sostener que el legislador no ha podido desprenderse de prejuicios de tipo ético moral, y que se ha creado un tipo agravado sobre la base de una mayor culpabilidad del autor y no por una mayor culpabilidad del hecho¹⁰.

Pero es que, además, no puede comprenderse la razón por la que esta circunstancia del art. 180, 4º contiene una relación de parientes más amplia que la prevista en el art. 182. El primer precepto se está refiriendo al supuesto de que un pariente de los señalados en él realice una conducta de agresión sexual, es decir, con violencia o intimidación; el segundo artículo, sin embargo, se desarrolla en el ámbito de los abusos sexuales, es decir, donde no existe violencia o intimidación, pero tampoco consentimiento, y donde por lógica la idea de prevalimiento respecto a los parientes tiene mucho más sentido. El Código decide limitar, sin embargo, en este segundo caso el catálogo de parientes, excluyendo a los afines, sin que pueda entenderse la razón de esta diferencia.

– *Cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150.* Se pretende con esta circunstancia sancionar más gravemente el uso de medios que produzcan un plus de peligro en la conducta de agresión sexual. No es preciso que se ponga en concreto peligro la vida o la integridad física, sino que se usen medios *susceptibles de producir* esos resultados, que en concreto son: la muerte, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una enfermedad somática o psíquica (art. 149), o la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o su deformidad (art. 150).

Desde un punto de vista jurídico, plantea problemas difíciles de resolver el supuesto en que además de ese peligro se haya producido el resultado concreto de muerte o lesiones, puesto que se discute si puede valorarse el uso de tales medios para agravar el delito de agresión sexual y también para calificar adecuadamente el delito contra la vida o de lesiones correspondiente, lo que supondría valorar la circunstancia dos veces (vulnerando el principio *non bis in idem*). También en este punto debemos esperar un pronunciamiento jurisprudencial que aclare la situación.

10. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Op. Cit.* Pág. 887.

El último párrafo del art. 180 establece una *cláusula de superagravación* cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas, de tal forma que en ese caso se impondrá la pena en su mitad superior. Sólo diremos que resulta criticable que con ello, en el supuesto de agresiones del art. 179 la pena pueda ir de trece a quince años, con lo que se supera en el límite mínimo la pena prevista en el delito de homicidio¹¹.

2. LOS ABUSOS SEXUALES

Estas conductas están previstas en los arts. 181, 182 y 183 del Código. El esquema previsto es similar al de las agresiones sexuales, en el sentido de que regula un tipo básico, en el que se define la conducta (que se caracteriza por la ausencia de violencia o intimidación y falta de consentimiento), y una serie de tipos específicos definidos por la conducta realizada, las características de los sujetos pasivos, o la concurrencia de ciertas circunstancias. Como decíamos arriba, el Código se presenta, así, ordenado en cuanto a su nueva estructura, de tal forma que se mantiene un esquema similar en los dos grandes grupos de delitos sexuales, pero ya veremos, también, que este mismo orden provoca no pocas críticas.

a) El tipo básico

Regula el art. 181, 1º la conducta del que, *sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona*. Dado que a continuación, en el párrafo segundo, el legislador señala dos supuestos en los que debe entenderse no consentido el acto sexual por ministerio de la ley (el caso de los menores de doce años o las personas privadas de sentido), y les da una pena distinta, y el caso de abuso sexual por engaño está expresamente previsto en el art. 183, el *contenido* de este tipo básico debe producirse por exclusión.

Y lo cierto es que resulta difícil pensar en conductas que respondan a este patrón. Se nos ocurre únicamente el supuesto en que la víctima recibe algún tocamiento en zona genital, mediando ánimo libidinoso, *por sorpresa*, aprovechando por ejemplo la concurrencia de un gran número de personas en algún lugar público. Se nos plantea la duda de si este tipo de conductas merecen un reproche penal como el que corresponde a un delito, y si no serían de mejor encaje en el ámbito de las faltas.

También se nos plantea si la levedad que en ocasiones puede presentar este tipo de situaciones merece la puesta en marcha del mecanismo judicial, y también cómo no, del rosario de incomodidades que ello va a generar para la víctima. Por eso, el exceso de orden en esta regulación (y la creación por ello de estos tipos básicos) no parece del todo acertado.

11. OCTAVIO DE TOLEDO, en el artículo "Agresión, abuso, ..." *Actualidad Penal*. nº 32. Tanto desde el punto de vista de política penal, como desde una perspectiva de política criminal, no le parece sustentable esta posibilidad.

A continuación se refiere el Código a los abusos sexuales que ex lege se consideran no consentidos, que son los que se ejecuten:

– *sobre menores de doce años*. Se introduce aquí una presunción legal de falta de consentimiento, con independencia de la actitud del menor, es decir, incluso aunque haya provocado el contacto sexual. De acuerdo con la jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo, el cómputo de la edad es biológico, sin que tenga relevancia alguna la mayor o menor madurez de la víctima (Sentencia de 7 de febrero de 1992, entre otras).

– *sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental*. Según la Sentencia de 20 de diciembre de 1985, los supuestos de privación de sentido se refieren a la mujer que se encuentra en estado de inconsciencia, comprendiendo no sólo la desmayada, sino también la hipnotizada, anestesiada, narcotizada, sometida a efectos despersonalizadores por estupefacientes o embriagada. También consideramos, por nuestra parte, que sería aplicable al supuesto de la mujer dormida, aunque el T. S. en una sentencia de 15 de julio de 1986, lo rechazaba para el delito de violación, pero entendemos que sería aplicable en éste de abuso sexual en la conducta básica. También conviene destacar que la Sentencia de 22 de noviembre de 1992 señala que no es preciso que sea el sujeto activo del delito el que haya provocado la situación de ausencia de sentido, bastando con que se aproveche de ella.

En cuanto *al abuso del trastorno mental*, se refiere a la situación en la que se produce un aprovechamiento del trastorno psíquico que padece la víctima, por el cual no es capaz de comprender la trascendencia y significado del hecho. La Jurisprudencia se ha ocupado de precisar en este punto que no basta con el conocimiento de que exista una situación de trastorno mental, sino que es preciso “abusar” de esa situación (así, la Sentencia de 24 de febrero de 1994, entre otras).

Desde otra perspectiva, la Sentencia de 10 de diciembre de 1992 pone de relieve la cuestión problemática de la *capacidad de autodeterminación de las personas enajenadas* en el ámbito de la sexualidad, señalando que “el legislador quiere buscar un equilibrio entre dos situaciones extremas igualmente rechazables: que un enajenado jamás pueda tener relaciones sexuales con personas que gocen de una normal imputabilidad ya que al hacerlo se cometería un delito, por una parte, y, por otra, que cualquier persona puede impunemente aprovecharse de esta situación de anormalidad psíquica con olvido de la protección que tales personas merecen precisamente para garantizar que su limitada esfera de libertad se pueda ejercer con profundo respeto a su personalidad dentro de su propia patología”. Como consecuencia de esta doctrina los tribunales vienen estableciendo en cada caso, como no puede ser de otra manera, si el trastorno psíquico que padece la víctima le impide prestar un consentimiento consciente y voluntario, lo que excluye la comisión del delito.

b) El abuso sexual con prevalimiento

El art. 181, 3º del C.P. se refiere a los supuestos en que el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

Este tipo penal recoge las conductas a las que el viejo Código se refería, como estupro de prevalimiento, en el art. 434. Consiste básicamente en obtener un favor sexual por medio de un consentimiento viciado, es decir, determinado por una situación de superioridad. Las circunstancias que produzcan esa superioridad pueden ser variadas, bien de tipo familiar o de convivencia (S.T.S. de 8-3-93), de dependencia económica (S. de 8-2-93), o de importante diferencia de edad entre el sujeto activo y la víctima (S. de 24-1-90).

Aunque se ha citado jurisprudencia relativamente reciente, debe hacerse notar que toda ella se refería a la anterior redacción del Código en el estupro de prevalimiento que daba una redacción amplia al requisito de la superioridad, pero en la actualidad el texto penal exige que esta situación de superioridad sea “manifiesta”, con lo que asistiremos probablemente a una delimitación de las conductas que deben entenderse incluidas en el tipo.

La crítica más clara que se puede hacer a este precepto es la *consideración privilegiada* que se ha dado a esta conducta de abuso de superioridad frente al resto de las conductas previstas en el art. 181. Ya hemos señalado que en este precepto se regulan los supuestos de atentados contra la libertad sexual sin violencia ni intimidación, pero sin consentimiento, de tal manera que a la conducta básica, aquella que se reservaba a los casos de abuso sexual “por sorpresa” se le impone una pena de *doce a veinticuatro meses* de multa. Lo sorprendente es que el Código regule en el párrafo tercero los casos de abuso sexual con prevalimiento de una situación de superioridad y que les atribuya una pena menor: de *seis a doce meses* multa. Sin duda, esta última conducta merecería un mayor reproche penal que aquella otra conducta efectuada por sorpresa, y por ello no se entiende este tratamiento privilegiado.

Y se entiende menos aún si observamos el tratamiento que hace el Código del abuso de superioridad, por una parte, y del abuso fraudulento o con engaño (art. 183) por otra. Estas dos modalidades pueden producirse tanto en las conductas menos graves de atentado a la libertad sexual, como en las de acceso carnal, introducción de objetos ... Pues bien, en el primer caso, es decir, en las conductas menos graves, el Código sanciona con mayor pena el supuesto de abuso fraudulento (art. 183). Por el contrario, en las conductas más graves de acceso carnal, sanciona con mayor pena el supuesto de abuso de superioridad (art. 182). Se desconoce la razón de esta diferencia.

c) El tipo cualificado por el acceso carnal o conducta asimilada

Se regulan aquí las conductas de abuso sexual, ya definidas en el tipo básico (sin violencia o intimidación, pero sin consentimiento), pero cualificadas por el tipo de acción sexual verificada, es decir, porque ésta consista en *acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal*. Valgan aquí todas las consideraciones que se han hecho arriba sobre este tipo de acciones sexuales.

Vuelve a plantearse ahora la cuestión del *contenido residual* de este tipo penal, tipo que viene creado de nuevo por esa nueva estructura, o ese nuevo orden, que introduce el Código en los delitos sexuales. Ya hemos visto que era difícil pensar en atentados contra la libertad sexual no consentidos pero en los que no hubiera vio-

lencia o intimidación, habiéndolos limitado a los casos de ataque por sorpresa. Pues bien, mucho más difícil resulta imaginar esa misma situación cuando la conducta sexual consiste en acceso carnal, introducción de objetos, o penetración bucal o anal.

Habrà que descartar, entiendo, que este tipo de conductas se puedan efectuar por sorpresa, por las propias características de la acción, y así nos encontramos con un contenido realmente limitado. Algún autor¹² lo considera de aplicación en el caso de la víctima inmovilizada por un impedimento físico (paraplejia, por ejemplo) con la que se hubiera accedido carnalmente sin su consentimiento, pero también sin uso de violencia o intimidación, al ser innecesarios para vencer la nula resistencia de la víctima dada su minusvalía.

Por lo demás, el tipo penal distingue, en cuanto a la pena, aquellos supuestos de *falta de consentimiento*, en los que además de los casos señalados, deberán incluirse los de falta de consentimiento *ope legis* (persona menor de doce años o privada de sentido o abusando de su trastorno mental), de aquellos supuestos de *abuso de superioridad*, a los que habrá que dar el contenido que se ha indicado arriba al tratar el art. 181, 3º.

En el segundo párrafo del art. 182 el Código recoge dos *figuras agravadas*:

- Cuando el delito se cometa, prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción de la víctima.
- Cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación.

Este apartado del art. 182 vuelve a plantearnos varias dudas, la primera es de *carácter sistemático*, porque no se comprende la razón que ha impulsado al legislador a introducir estas agravaciones en el caso de que los abusos sexuales consistan en acceso carnal, o introducción de objetos, y en cambio no ha introducido estas agravaciones cuando se trata de conductas más leves de abuso sexual. Precisamente hemos insistido a lo largo de este artículo que el Código mantiene una sistemática ordenada que incluso le lleva en alguna ocasión a crear tipos algo forzados o residuales, y sin embargo, sin motivo aparente, deja de respetar esa sistemática en estas conductas agravadas, lo que produce sensación de falta de coherencia.

La otra duda que suscita la lectura de las formas agravadas es cómo habrán de aplicarse en la práctica, puesto que reflejan situaciones que pueden considerarse ya previstas. Cuando el texto penal se refiere a la agravación por razón del parentesco, se está refiriendo a conductas propias de lo que la Jurisprudencia ha considerado en muchos casos como configurador del abuso de superioridad, y esta conducta está expresamente prevista en el primer párrafo del art. 182. Es decir, si se produce un abuso sexual consistente en acceso carnal entre un padre y una hija, estamos ante un caso claro de abuso de superioridad, que vendría sancionado con la pena que prevé el art. 182, 1º, pero si tenemos en cuenta el siguiente párrafo, deberemos sancionarlo con la pena en su mitad superior. Esto ha llevado a algunos autores a

12. Así, MORALES PRATS. *Op. Cit.* Pág. 895.

considerar que se mantiene esta agravación específica de parentesco, más allá de la mera relación de superioridad, no por razones de protección del bien jurídico que subyace en todos estos tipos penales, la libertad sexual, sino que se introduce la protección de un “orden moral sexual familiar”¹³.

Otro tanto ocurre, por ejemplo, con el supuesto de persona especialmente vulnerable por razón de la edad, que se ha venido considerando por la Jurisprudencia como un supuesto de abuso de superioridad (y por tanto incluíble en el párrafo primero, con menor pena), y ahora tendrá que aplicarse en cambio esta agravación específica.

Con todo ello sólo queremos poner de manifiesto que se pueden producir situaciones de desorientación en los aplicadores del derecho al encontrarse en la práctica con estos tipos penales, y que va a ser precisa una labor de interpretación que tardará en fijar criterios claros sobre todo ello.

d) Los tipos penales de abuso sexual con engaño

El *art. 183* regula la conducta del que, *interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis*.

Este precepto mantiene básicamente el contenido y la estructura del tipo de estupro fraudulento que recogía el antiguo código en los art. 435 y 436. Tradicionalmente, por la Jurisprudencia venía relacionándose el engaño con la “*falsa promesa de matrimonio*” (así puede verse, por ejemplo, en la Sentencia de 1º de julio de 1992). Sin embargo, este concepto de engaño ha sido criticado de forma generalizada por la doctrina, señalando que esta interpretación restrictiva de la expresión se basa en determinadas concepciones conservadoras del papel de la mujer en las relaciones sexuales.

Se entiende, de este modo, que la antigua jurisprudencia (ya hemos visto que no tan antigua) pretendía forzar indirectamente el matrimonio y hacer de éste la única posibilidad de relaciones heterosexuales lícitas¹⁴. Ya antes de la entrada en vigor del nuevo Código se decía (Muñoz Conde) que el delito de estupro fraudulento había quedado vacío de contenido sociológico, y es por ello que sorprende que se haya mantenido esta regulación.

Dicho de otra manera, si lo que se pretende es la protección del bien jurídico libertad sexual (que en principio subyace en todo el Título VIII) en una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años, las conductas podrían reconducirse a través de los casos de abuso de superioridad que como hemos visto están reguladas en los artículos anteriores. Pero lo que parece que se protege aquí, más allá de la libertad sexual, es la *frustración de objetivos*, bien sea por una promesa previa de matrimonio, o por alguna situación engañosa de otro tipo.

13. En este sentido BAJO FERNÁNDEZ en su *Manual ...* Pág. 243 y MUÑOZ CONDE, pág. 439.

14. MUÑOZ CONDE, *Op. Cit.* pág. 440. En el mismo sentido Boix Reig en *El delito de estupro fraudulento*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Univ. Complutense. 1979. Pág. 22; y también Díez Ripollés en *El Derecho Penal ante el sexo*. Pág. 2, cuando critica la excesiva tendencia moralizadora del Código anterior.

La doctrina, además de ser absoluta y mayoritariamente crítica con el precepto y con el contenido que se le ha dado jurisprudencialmente, ha hecho una labor de ampliación del *concepto de engaño* que debe incluirse en este tipo penal, precisamente para evitar esa identificación con ideas moralizantes, en relación a la promesa de matrimonio. Así, se dice que por engaño habrá que entender cualquier medio fraudulento empleado por el sujeto activo para conseguir el acceso carnal que determine causalmente un vicio de voluntad o seducción del sujeto pasivo (Muñoz Conde).

Desde otro punto de vista, el *penológico*, debe llamarse la atención sobre el *tratamiento privilegiado* que merecen en el Código estas conductas. En concreto, en el caso de los abusos sexuales leves, la pena a imponer es de multa de doce a veinticuatro meses. Pues bien, si observamos el tipo básico de abuso sexual, en el art. 181, 1º, vemos que la pena es exactamente la misma, lo que no parece que tenga mucho sentido si pensamos que lo que regula el art. 183 que nos ocupa es el abuso sexual con la concurrencia de un elemento más, el engaño, lo que en principio merecería un mayor reproche penal.

Este trato privilegiado aún es más llamativo en el tipo cualificado, es decir cuando el abuso consiste en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, puesto que aquí la pena es de *seis meses a tres años*, muy inferior a la prevista para el caso de abuso sexual sin engaño (art. 182, 1º) que consista en estas conductas, que va de *cuatro a diez años*. En este caso el código está considerando mucho menos grave la conducta de abuso sexual con engaño, que aquella que se produce simplemente sin consentimiento.

3. EL DELITO DE ACOSO SEXUAL

Se refiere el art. 184 al que *solicitar favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación*.

La inclusión de este tipo penal representa una novedad, puesto que no estaba previsto ni en el Anteproyecto ni en el Proyecto de 1994, lo que lleva a sostener a algunos autores que su inclusión en el Congreso de los Diputados se debió más a razones coyunturales y hasta demagógicas, que a verdaderas razones de política legislativa (Octavio de Toledo, Fermín Morales)¹⁵. La conducta, consistente en solicitar favores de naturaleza sexual con el anuncio de causar un mal, guarda una notable similitud con el tipo de amenazas condicionales previsto en el art. 171, 1º del mismo Código Penal, en el que se sancionan las amenazas condicionales de un mal que no constituya delito, razón por la que los autores citados consideraban adecuado que no se creara un tipo específico para estos supuestos de acoso sexual.

15. Existían también opiniones a favor de crear un tipo específico de acoso sexual, como puede verse en *El acoso sexual como delito autónomo*, José Augusto DE VEGA RUIZ. Colex. 1991.

En todo caso, habiendo desoído estas críticas el legislador, lo curioso es que en relación con ese delito de amenazas condicionales, tiene la consideración de un *tipo privilegiado*, es decir, la pena prevista para el acoso sexual, de estructura y significación similar, es notablemente inferior (con lo que se vuelve a poner de manifiesto esa falta de coherencia en las penas, de la que ya hemos hablado).

Los elementos del delito son los siguientes:

– la *solicitud de favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero*. La conducta se centra en la solicitud de favores sexuales, que habrá de entenderse como solicitud de cualquier conducta sexual, encontrándonos aquí con un concepto indeterminado que provocará problemas de definición. Por otra parte, tampoco concreta la ley de qué modo ha de hacerse esta solicitud, por qué medio, pero en todo caso, deberá tratarse de una solicitud seria e inequívoca (piénsese por un momento en los problemas de prueba que puede plantear este precepto, y también en el riesgo de criminalizar conductas que no van más allá de malentendidos, o meras insinuaciones en una relación de confianza, por ejemplo).

El tipo penal no exige que se haya producido el contacto sexual, es decir, que el sujeto activo haya conseguido su propósito, lo que se sanciona es la *solicitud*. En caso de que se haya producido el contacto sexual estaríamos ante el delito de abuso sexual con prevalimiento, con superioridad, de los arts. 181, 3º y 182, puesto que cuando la víctima accede, por la amenaza sobre sus legítimas expectativas, y ello ocurre en el marco de una relación de superioridad laboral, docente o análoga, es claro que su voluntad se ha visto viciada, condicionada por este abuso de superioridad.

– la *relación de superioridad laboral, docente o análoga con el sujeto activo*. El legislador delimita así dos ámbitos, el laboral y el docente, en los que este tipo de situaciones de acoso se han producido con más frecuencia. No cierra sin embargo el catálogo de situaciones, admitiendo cualquier otro análogo a los anteriores: habrá que entenderse que la *analogía* se referirá a la existencia de una dependencia jerarquizada que haga que la víctima considere como posible el mal con el que se le amenaza.

Desde otro punto de vista, si la solicitud de favores sexuales puede ser para uno mismo o para un tercero, habrá que entender que la relación de superioridad a la que se refiere el precepto puede concurrir tanto en el que efectúa la solicitud como en esa tercera persona para la que actúa. (Puede adivinarse que esta posibilidad de solicitar favores para otro, abre un abanico de situaciones sobre la responsabilidad penal del intermediario, o de esa otra persona en cuyo favor se actúa, dependiendo del conocimiento y participación de cada uno en el delito).

– *el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación*. El primer comentario que debe hacerse es la amplitud que supone la expresión “*anuncio expreso o tácito*”; la interpretación de lo que deba considerarse un anuncio tácito planteará sin duda problemas en la práctica judicial.

El segundo comentario se plantea en torno a la expresión “*legítimas expectativas*”, esto es, el tipo exige que el mal que se anuncia esté relacionado con las legítimas expectativas de la víctima en el ámbito de la relación laboral, docente, o

análoga. Lógicamente deberá acreditarse de qué expectativas se trata, y acreditarse que sean legítimas. Dicho de otro modo, en aquellos ámbitos de relación donde existen parámetros objetivos, el docente, por ejemplo, resultará clara la determinación de las expectativas (aprobar un examen u obtener un determinado resultado), pero en el ámbito laboral en el que las expectativas de los empleados pueden depender en gran medida de la discrecionalidad de los superiores jerárquicos, el panorama se vuelve menos claro, y fuera de expectativas evidentes como la de mantener el puesto de trabajo, pueden llevar consigo una fuerte dosis de subjetividad (piénsese en el caso de que la expectativa resulte del todo infundada por carecer el sujeto de las mínimas condiciones de mérito o capacidad para optar a tal puesto).

4. LOS DELITOS DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL

Este Capítulo IV del Título dedicado a los delitos contra la libertad sexual, mantiene básicamente la estructura y características de la reforma operada por Ley Orgánica de 9 de junio de 1988, en la que se habían reformado los antiguos tipos de escándalo público, que mantenían un concepto de defensa de la moral sexual o moral pública (empleando conceptos como el pudor, las buenas costumbres) que se consideraba inadmisibles por la mayor parte de la doctrina¹⁶.

A raíz de la reforma de 1988, y desde luego con la regulación del nuevo Código, es claro que el *bien jurídico protegido* en estos tipos penales es, como en el resto del Título, *la libertad sexual*. En este sentido recordaba Díez Ripollés ya en 1982 que “el Derecho Penal ha de limitarse a la protección de los presupuestos esenciales para la convivencia y consecuentemente, la conducta sexual es un ámbito en el que la instancia social coactiva sólo interviene sobre aspectos relacionados mayoritariamente con atentados a la libertad”.

Lo que hace punibles estas conductas de exhibición y provocación es, sigue este autor, que involucran al sujeto pasivo en una acción sexual sin su consentimiento, le insertan en un contexto sexual en el que él desempeña un determinado papel sin que haya aceptado previamente tal situación¹⁷.

Las conductas previstas en el capítulo son las siguientes:

a) El art. 185 sanciona al que *ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces*. Como novedad más destacada que introduce el nuevo Código debe destacarse la supresión de la conducta de exhibicionismo efectuada ante mayores de dieciséis, sin su consentimiento. Por contra amplía el ámbito de sujetos pasivos a los menores de dieciocho años (antes quedaba limitado a los menores de dieciséis). En cuanto a la referencia a los incapaces, habrá que estar a la definición de incapaz prevista en este mismo Código en el art. 25.

16. MUÑOZ CONDE. Op. Cit., pág. 446.

17. Díez Ripollés, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Ed. Bosch. Barcelona. 1982, pág. 144 y 167.

En cuanto al elemento *objetivo del tipo*, se exige bien la realización de actos de exhibición obscena, o bien, el hacer ejecutar a otros estos actos. La conducta es el acto de exhibición obscena, debiendo entenderse que este adjetivo “obsceno” es lo que da connotación sexual a la exhibición. Se trata de conductas de contenido objetivamente lúbrico, como la exhibición de genitales o de prácticas masturbatorias, que habrán de ser cualitativamente graves para que concorra este requisito de la obscenidad¹⁸.

En cuanto al elemento *subjetivo del tipo*, es preciso que exista un ánimo o tendencia lasciva, de tal modo que el sujeto activo trate específicamente de involucrar al sujeto pasivo en una dinámica sexual como espectadores de su exhibición. Por lo tanto no será punible, sin más, la conducta del que practica el nudismo en un lugar público o en una playa, ante menores o incapaces. Tampoco sería punible la conducta de quien, realizando una exhibición obscena ante un mayor de edad asume que ésta puede ser vista por menores o incapaces (es preciso que vaya dirigido a éstos directamente).

b) El art. 186 sanciona al que *por cualquier medio directo, difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces*. También en este precepto se ha elevado la edad del sujeto pasivo a los dieciocho años, quedando claro, por tanto, que estas conductas efectuadas en relación a los adultos, son impunes. En cuanto a los incapaces, se estará a la definición ya citada del art. 25 del Código.

Las *conductas* que se sancionan (venta, difusión o exhibición) deben ser efectuadas de manera directa, lo que excluye la penalización de conductas como la del dueño del quiosco que exhibe a la vista del público diversas publicaciones de tipo pornográfico. Así se responde al criterio mayoritario de la doctrina en el sentido de exigir la tendencia de involucrar a otro en un contacto sexual.

Díez Ripollés señalaba en 1982 que no será suficiente con la puesta a disposición de la víctima de los escritos pornográficos, materialmente considerados, sino que es preciso algún tipo de explicación, de desvelamiento del contenido sexual, puesto que sólo así se logra ese involucrar a la víctima en el contexto sexual. En un sentido similar se manifiestan otros autores, ya que en la actualidad entienden que el art. 185 exige como *elemento subjetivo del injusto* el ánimo lúbrico o lascivo¹⁹. También por la exigencia de este ánimo de provocación sexual, quedaría fuera del precepto el caso del profesor que en el marco de una clase de educación sexual exhibe determinado material de contenido sexual.

En cuanto al *concepto de material pornográfico*, se entiende que el mismo puede ser cualquier representación de carácter sexual a través de escritos, objetos, medios audiovisuales, de algún modo idóneos para causar un daño en el desarrollo o en la psique de personas inmaduras o incapaces de un cierto control de instintos

18. MORALES PRATS. *Op. Cit.* pág. 904. No obstante algún autor, como MUÑOZ CONDE considera que esa referencia a la obscenidad evoca connotaciones de contrario al pudor o a las buenas costumbres que se habían querido eliminar con la reforma de 1988.

19. DÍEZ RIPOLLÉS. *Exhibicionismo, ...*, pág. 401; y MORALES PRATS, *op. cit.* pág. 907.

sexuales²⁰. Esta definición se ha basado en la propia configuración del tipo, haciendo referencia, como puede verse, a la posible lesión de los sujetos pasivos que se trata de proteger, pero cuando se ha intentado dar una definición más autónoma, ha resultado una labor más complicada.

Así, algún autor²¹ ha señalado que será material pornográfico cuando el conjunto de la obra esté dominado por un contenido groseramente lúbrico o libidinoso, tendente a excitar o satisfacer instintos sexuales y carentes de valor artístico, literario, científico o pedagógico.

También se exige que la representación sea potencialmente ofensiva por desviarse de los standards dominantes de la comunidad relativos a la representación de materias sexuales. En último término, por lo tanto, se acude a valoraciones de tipo socio cultural, que se mantienen en constante evolución social, y ello introduce un cierto grado de imprecisión en este concepto de pornografía que habrá de ser determinado en cada caso.

Fuera de estas dos conductas expuestas, aunque en estrecha relación con ellas, se ha planteado en los últimos tiempos el problema de la situación legal del *intercambio de pornografía infantil a través de Internet*, puesto que tal conducta no está expresamente prevista en el Código. La cuestión se ha planteado en relación con la detención de dos jóvenes estudiantes de telecomunicaciones que almacenaban y distribuían pornografía a través de tal red informática. El procedimiento judicial ha finalizado con un sobreseimiento y archivo de las actuaciones por haber entendido el magistrado del Juzgado de Instrucción que no estaba acreditado que los detenidos tuvieran el material para venderlo o transmitirlo a jóvenes o incapaces, o que lo hubieran hecho. (La utilización del menor para la elaboración de esas imágenes sí es sancionada en el art. 189 del C.P.).

En efecto, se produce en este punto un *vacío legal* que es de esperar sea subsanado por el legislador en el futuro, en aras a la protección de los menores, y para evitar que sus imágenes sean distribuidas impunemente. Según informaciones periodísticas²², el Ministerio de Justicia prepara un proyecto para penar las conductas de tenencia de pornografía infantil, que incluiría tanto la tenencia para la comercialización o tráfico, como la tenencia para fines personales.

5. LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN

Los delitos relativos a la prostitución se encuentran regulados en los artículos 187 a 190 del Nuevo Código Penal, debiendo destacarse que en esta materia se ha llevado a cabo una profunda modificación.

20. MUÑOZ CONDE. *Op. Cit.* Pág. 451.

21. VIVES ANTÓN. *Parte Especial*. Pág. 641, donde recoge la doctrina del Tribunal Supremo Federal Norteamericano.

22. Diario *El Mundo*, viernes 29 de noviembre de 1996. Pág. 30.

Por una parte, se ha producido una *notable simplificación* de los tipos penales, tanto en cuanto al número de preceptos y variedad de conductas incriminadas, como en cuanto a la redacción de tales preceptos. Y por otra parte, se constata el *abandono de cualquier contenido moralizante* (como las referencias al tráfico inmoral o a la corrupción, que se contenían en la anterior regulación, de tal manera, que los nuevos tipos penales responden ya, claramente, a la protección del bien jurídico que subyace en el resto del Título, la libertad sexual).

Precisamente para evitar cualquier contenido moralizante es por lo que se ha suprimido el tipo penal que se refería a la cooperación a la prostitución de un mayor de dieciocho años, sin que hubiera voluntad contraria de quien la ejercía o limitación de su libertad. Como se ve, este tipo penal no podía tener como bien jurídico la libertad sexual, sino en su caso la protección de la moral pública.

Con la nueva regulación, por lo tanto, se sancionan, por una parte, las conductas favorecedoras de la prostitución de menores de edad o incapaces, en las que se protege su libertad sexual en tanto se encuentra en proceso de formación, y por otra parte, se sancionan las conductas que determinan coactivamente a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución.

Por último, diremos que la *prostitución*, concepto común a todos los delitos que se van a analizar, debe definirse como aquella actividad, ejercida con cierta nota de cotidianeidad o habitualidad, consistente en la prestación de servicios de naturaleza sexual verificados a cambio de una prestación de contenido económico²³.

Las conductas reguladas en este capítulo son las siguientes:

a) Prostitución de personas menores de edad o incapaces

El *art. 187* sanciona al que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz.

Con este artículo, tiende a protegerse, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1992, “a quienes por su edad se encuentran en un período trascendental de su personalidad... La orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales, y el legislador puede proteger penalmente a quienes no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorresponsable al respecto”.

El Código trata de incriminar, de una manera amplia, conductas que inciden con mayor o menor intensidad en la formación de un mercado de prostitución de menores. Para ello equipara conductas de diversa naturaleza, que pueden ser propias de una actuación como autor (inducción), o bien como cómplice (facilitación), sin ninguna diferencia entre ellas en la medida de la pena, lo que puede provocar alguna crítica.

Habrá que entender, por último, que las conductas que antes estaban recogidas en el *art. 452, bis, d)*, hoy derogado, no han de entenderse despenalizadas (se

23. MORALES PRATS, *op. cit.* pág. 908

trataba de la sanción al dueño, gerente, o incluso empleados de los locales donde se llevaban a cabo estas actividades, o de los que alquilaran locales a sabiendas de su actividad), sino que tales conductas podrán reconducirse por este precepto del art. 187, en cuanto faciliten o favorezcan la prostitución de menores.

Diremos, además, que se trata de un delito de mera actividad y por lo tanto, no es preciso que el menor o incapaz llegue a llevar a cabo actos de prostitución, basta con que se induzca, facilite o favorezca a ello.

El segundo párrafo del artículo se refiere a una *modalidad agravada*, que se repite posteriormente en el art. 188, en relación con la prostitución de mayores, y se refiere a que estas conductas sean perpetradas por autoridad, agente o funcionario público con prevalimiento de su condición.

b) Prostitución de mayores de dieciocho años efectuada coactivamente

El art. 188 sanciona al que *determine, coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella.*

También aquí se hace una redacción un tanto amplia del precepto, esta vez en cuanto a los medios, puesto que se equipara toda una serie de procedimientos para obtener la finalidad de determinar a otro a prostituirse. Y no hay que olvidar que el propio Código en los artículos anteriores, los que regulan los delitos de agresión y abuso sexual, ha atribuido un diferente reproche penal a los actos efectuados con violencia e intimidación que a los efectuados con prevalimiento o con abuso de superioridad. Sorprende esa equiparación y que no se haya mantenido una cierta sistemática en cuanto a las penas.

En relación a la prostitución de mayores de edad, sí habrá que entender despenalizadas todas esas conductas que antes estaban incluidas en el art. 452 bis d), es decir la de los gerentes, dueños, empleados, arrendadores, etc., de los locales donde se lleve a cabo esa actividad.

El párrafo segundo del artículo 188 introduce, al igual que en el delito inmediatamente anterior, un tipo agravado por la condición de autoridad pública, agente, o funcionario público de sujeto activo, cuando se realice la conducta prevaliéndose de esa condición.

Por último, introduce una *figura agravada* cuando las conductas descritas en el párrafo primero (el determinar coactivamente, o mediante engaño o abuso de superioridad, a otro a ejercer la prostitución o mantenerse en ella) se lleven a cabo sobre *menores de edad o incapaces*. Resulta clara la necesidad de sancionar más gravemente situaciones coactivas sobre este grupo de sujetos pasivos, pero lo que no se comprende muy bien es cómo diferenciar en algunos casos estos supuestos de los previstos en el artículo anterior: en el art. 187 se sanciona a quien induzca a un menor de edad a la prostitución, y aquí puede sancionarse a quien lo haga con abuso de superioridad.

Si precisamente la edad es uno de los supuestos que se han venido entendiendo como de abuso de superioridad, no se entiende cómo se puede justificar esta

doble penalidad (el párrafo segundo sanciona con pena de cuatro a seis años de prisión, frente a la de uno a cuatro del tipo de inducción). Puede que sea preciso que la Jurisprudencia determine en qué límite de edad es posible hablar también de abuso de superioridad y se justifica la aplicación del tipo agravado.

c) La utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos

El *art. 189* sanciona al que utilizare a un menor de edad o incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

Sistemáticamente puede parecer más correcto haber incluido este precepto en el capítulo dedicado a los delitos de exhibicionismo y provocación, pero la explicación de incluirlo en este lugar es que este artículo 189 recoge varios preceptos cuya filosofía es regular las obligaciones de los adultos, respecto a los menores o incapaces.

En este primer párrafo se incluye una doble actividad: el utilizar a un menor o incapaz en espectáculos exhibicionistas, lo que implica *publicidad* en el marco en el que se desarrolla, y el utilizar al menor o incapaz con fines exhibicionistas o pornográficos, lo que excluye tal publicidad del marco (aquí se incluirán conductas como la de fotografiar o sacar película a los menores para su comercialización o distribución posterior en redes informáticas, por ejemplo).

Lo que no se especifica es el papel que ha de desempeñar el menor en estas situaciones, lo que lleva a afirmar a algún autor²⁴, que se incluye en el tipo la conducta de hacer presenciar a un menor una escena pornográfica y que ello forme parte del propio marco exhibicionista o pornográfico, sin que llegue a efectuar por sí mismo ninguna conducta de contenido sexual. Por nuestra parte, no nos parece tan claro que esta postura pueda sostenerse, especialmente cuando es sin publicidad, puesto que quizá tuviera mejor encaje en el precepto que se refiere a ejecutar actos de exhibición obscena ante menores, previsto en el *art. 185* (para el que el legislador, por cierto, ha previsto una pena de multa, frente a la de prisión que lleva consigo este artículo que estamos comentando).

d) El delito de omisión del deber de impedir la prostitución de menores o incapaces

El *segundo párrafo del art. 189* regula la conducta del que tuviere bajo su potestad, guarda, tutela o acogimiento a un menor o incapaz y, con noticia de la prostitución de éste, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acudiere a la autoridad para el mismo fin.

El precepto se fundamenta en los deberes que competen a los sujetos activos que señala el artículo en relación con la labor de protección de los menores que tiene bajo su responsabilidad (por patria potestad, tutela, guarda o acogimiento). Como

24. MORALES PRATS, *op. cit.* pág. 908.

requisito objetivo del tipo penal, además de la existencia de tales obligaciones, se exige que el sujeto activo tenga noticia de que el menor se está dedicando a actos de prostitución. El delito se consume por la mera *omisión de su deber jurídico de actuar*, o de avisar a la autoridad. Ahora bien, si además de esta omisión existe inducción, facilitación o favorecimiento, estaremos en el ámbito del tipo penal previsto en el art. 187, 1º, sancionado con una pena muy superior.

En relación directa con este precepto, que se ocupa de las conductas de omisión de las personas en las que concurren deberes de protección respecto a los menores, recuerda el Código en el párrafo tercero la facultad del Ministerio Fiscal de interesar la privación de los referidos deberes de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar a las personas que hayan incurrido en la conducta omisiva descrita.

6. DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPITULOS ANTERIORES

a) Condiciones de perseguibilidad

Dispone el art. 191 que para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abuso sexual es preciso denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal.

En cuanto a *la denuncia* de la persona agraviada, el fundamento de este requisito de procedibilidad es considerar que siendo de carácter personalísimo el bien jurídico vulnerado (su libertad sexual), corresponde a la víctima decidir si quiere perseguir el delito, todo ello teniendo en cuenta el proceso de victimización que se produce para las víctimas durante el proceso judicial.

“Pasó casi año y medio desde que me violaron hasta que se celebró el juicio; los trámites judiciales alargan el sufrimiento. Yo deseaba con toda mi alma que pasara todo rápidamente para empezar a olvidar...” (fragmento del libro “La violación. Hablan las mujeres.”)²⁵.

Teniendo en cuenta esta situación de la víctima dentro del proceso, es por lo que se han configurado estos delitos como *semiprivados*. Pero el Nuevo Código Penal introduce la novedad de que también el Ministerio Fiscal puede poner en marcha el procedimiento por medio de querrela (distinción, frente a la denuncia, más formal que real), ahora bien, el representante del Ministerio Público deberá valorar “los intereses legítimos en presencia”. Esto debe entenderse en el sentido de que deberá valorar por una parte el respeto a la voluntad de la víctima y a su derecho a la intimidad, y “a olvidar”, y por otro lado, el interés general, es decir, las demás circunstancias del delito o del delincuente que le otorguen una especial gravedad al hecho (por ejemplo, el supuesto de que el autor sea reincidente, en cuyo caso actuaría en evitación de que se produzcan futuras víctimas).

25. DOWDESWELL, J. *La violación. Hablan las mujeres*. Ed. Grijalbo. Barcelona 1987. Pág. 176.

Por último, respecto a este requisito de procedibilidad de la denuncia de la persona agraviada, debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo, expuesta entre otras en la Sentencia de 25 de octubre de 1994, según la cual se trata de un *requisito subsanable*, de tal modo que cuando la perjudicada comparece en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando a la investigación judicial, y no haciendo reparos al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa, estamos ante una denuncia tácita, que subsanaría la ausencia de denuncia inicial.

b) El perdón del ofendido

Según dispone el segundo párrafo del art. 191 del C.P. en estos delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, el perdón del ofendido o de su representante legal *no extingue la acción penal*. Con esta afirmación se sigue la línea ya iniciada por la Reforma de 1989, y responde a la filosofía de evitar situaciones de chantaje o de extorsión sobre la víctima o sus familiares durante el proceso²⁶.

c) Agravación para los que tengan a cargo al menor o incapaz

El art. 192 establece que cuando cualquier persona encargada de hecho o de derecho de un menor comete alguno de los delitos comprendidos en este Título, como autor o como cómplice, serán castigados con la pena que les corresponda en su mitad superior. En realidad este precepto reproduce el previsto en el art. 445 anterior a la reforma, con la diferencia de que ahora se distingue a efectos de pena, entre autor y cómplice, lo que antes no ocurría (siendo como son, participaciones que merecen distinto reproche penal).

El fundamento del precepto no es otro que el mayor desvalor, el mayor reproche que merece la conducta de quien comete estos delitos cuando le corresponden labores de protección o cuidado de los menores a quien hace víctima de sus actos.

El artículo prevé como pena accesoria la inhabilitación especial para el desempeño de los cargos o profesiones que lleven consigo labores de protección del menor o incapaz.

d) Pronunciamiento sobre responsabilidad civil y sobre filiación y alimentos

El precepto recuerda que este tipo de delitos llevan aparejados pronunciamientos sobre los perjuicios causados a las víctimas, cuyo contenido será más de naturaleza moral que físico en muchas ocasiones. Y también señala que se harán los pronunciamientos sobre filiación y alimentos, lo que se fundamenta en la búsqueda de celeridad procesal y la evitación de acudir al correspondiente procedimiento civil.

26. En este sentido entre otros CARMONA SALGADO, en *Los delitos de abusos deshonestos*. Ed. Bosch. Barcelona. 1981. También BAJO FERNÁNDEZ. Pág. 271.

e) Clausura temporal o definitiva de establecimientos

El precepto se refiere a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y prostitución, y admite la doble posibilidad de clausurar el establecimiento de forma temporal o definitiva. En este último caso, puede adoptarse esta medida de forma cautelar, es decir, durante el proceso penal, sin que haya recaído sentencia. La clausura temporal tiene, en todo caso, una duración máxima de cinco años.

REFLEXIÓN FINAL

Con las páginas que anteceden hemos pretendido hacer un recorrido lo más completo y claro posible, de lo que aporta el Nuevo Código Penal a la regulación de los delitos contra la libertad sexual. Ha sido un recorrido eminentemente jurídico, de examen de los tipos penales, pero ahora nos queremos plantear la cuestión desde una perspectiva distinta, más global.

En varios momentos de este artículo se han recogido críticas de autores, o se han plasmado otras de propia cosecha, sobre la conveniencia de incluir en el Código determinadas conductas, o incluso el peligro de construir tipos excesivamente abiertos que planteen problemas de indefinición en la práctica.

El Derecho Penal sexual trata de dar respuesta a una realidad eminentemente cambiante, como es la concepción que la sociedad tiene de la propia sexualidad y de cuáles han de ser las conductas que merecen un reproche penal. Y esta evolución es continua, y generalizada en todos los países, dando lugar a nuevas regulaciones en la materia. Parece una constante en la doctrina la aplicación en este ámbito, con mayor intensidad si cabe que en otros, del principio de intervención mínima, lo que viene a suponer que el Derecho penal sexual “debe quedar limitado a aquellos casos extremos que sin duda de ninguna clase merecen ser punidos. Cuando existan dudas sobre si está justificada la punibilidad, deberá prescindirse, en base a la presunción a favor de la libertad, de una intervención legal. En esa situación de indecisión hay que exigir del legislador, por consiguiente, el coraje de la abstención”²⁷.

A pesar de que es una constante en la doctrina la apelación al *principio de mínima intervención*, y a él responden las reformas legales en esta materia, y también la que hoy nos ocupa (intentando reducirse la intervención penal a los ataques a la libertad personal en el ámbito sexual), nos parece interesante resaltar la postura que sostenía Díez Ripollés, en 1981, en su libro “El Derecho Penal ante el sexo”: rechazaba la concepción que algunos autores mantenían del principio de última ratio, o de intervención mínima, en esta materia, la de los que consideraban que la moral sexual social puede ser tutelada y resulta mejor protegida, a través de instancias sociales no coactivas.

Entendía este autor que en el marco del Derecho Penal sexual pluralista no es ésta la referencia concreta que se ha de dar al principio de última ratio. Así, sostenía,

27. KLUG, Ulrich. “Problemas de filosofía del derecho y de política jurídica en el Derecho Penal sexual” en la obra *Sexualidad y Crimen*. GIMBERNAT ORDEIG. Ed. Reus. Madrid 1989, pág. 38.

que en un Derecho Penal sexual en el que se aspira a penar los ataques más graves a la libertad personal sexual, el principio de última ratio ha de ir referido a la posible existencia de *medios extrapenales* con los que se consiga evitar tales graves atentados a la libertad²⁸.

Es decir, que no se trata de que las instancias estatales no intervengan, o intervengan lo menos posible, sino de que consigan promover un ambiente social de amplia tolerancia, en el que las posibilidades de autorrealización personal en las diversas esferas vitales, y también en la sexual, sean numerosas.

En ese contexto, de mayor libertad de todos los ciudadanos, de mayor tolerancia y formación en el terreno sexual, el comportamiento contrario a la voluntad de otra persona, estará cada vez menos justificado, y se dará con menos frecuencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNANDEZ. *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Centro Estudios Ramón Areces. Madrid. 1995.
- CARMONA SALGADO. *Los delitos de abusos deshonestos*. Ed. Bosch. Barcelona. 1981.
- DIEZ RIPOLLES. *El Derecho Penal ante el sexo*. Ed. Bosch. 1981.
- DIEZ RIPOLLES. *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Ed. Bosch. Barcelona. 1982.
- DOWDESWELL, J. *La violación. Hablan las mujeres*. Ed. Grijalbo. Barcelona 1987.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Sexualidad y Crimen*. Ed. Reus. Madrid 1989.
- MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Ed. Aranzadi. 1996. Pág. 872.
- MUÑOZ CONDE. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 10ª Edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1995.
- ORAA, J. “Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas”. *La Ley*. nº 4044.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E. “Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995”. *Actualidad Penal*. nº 32.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto. *El acoso sexual como delito autónomo*. Colex. Madrid. 1991.

28. DÍEZ RIPOLLÉS. *El Derecho Penal ante el sexo*. Ed. Bosch. Barcelona 1981. Pág. 260.