

La reforma del Derecho penal sexual^(*)

JOSE A. SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada

SÚMARIO: I. Principios informadores del moderno Derecho penal sexual: 1. Principio general. 2. Postulados que orientan la normativa de determinadas áreas: A) Estupros. B) Incesto. C) Raptos. D) Adulterio. E) Homosexualidad. F) Prostitución. G) Pornografía.—II. Principios informadores del Derecho penal sexual español. 1. Característica general. 2. Sus consecuencias.—III. Los factores que determinaron en Europa las modernas orientaciones del Derecho penal sexual.—IV. El cambio en materia sexual en la realidad social española.—V. La reforma del Derecho penal sexual en España.

La transformación en profundidad de nuestro ordenamiento penal positivo se reclama desde los más diversos sectores. Este deseo de modificación comprende casi todos los parajes de nuestro Código penal, pero las áreas donde más se ponen los ojos renovadores son el campo de los delitos políticos y el sector de los delitos sexuales. El argumento fundamental con que se apoya ese propósito es semejante para las dos áreas mencionadas: el cambio experimentado por la sociedad (el tan mencionado «cambio social»), impone una paralela transformación de las normas penales positivas. Con base en el evidente cambio social que tuvo lugar en Europa sobre las ruinas dejadas por la Segunda Guerra Mundial, se han reformado en la mayor parte de los países del continente europeo las leyes penales; al cambio sobrevenido en España —se argumenta— debe corresponder igualmente un cambio de legislación penal.

De la evidencia de esta argumentación en lo que respecta a los delitos políticos no es posible dudar. A un régimen autoritario, ha sucedido un sistema político democrático o, por lo menos, que se orienta a la democracia. El cuadro de valores políticos se ha transformado por completo: conceptos que hace unos años merecían el reproche no sólo de los enjuiciadores oficialistas sino también de un sector mayoritario (por convencimiento o por imposición desde arriba, pero mayoritario) de la población, son

(*) Este trabajo ha sido redactado para su publicación en el libro de homenaje al profesor ANTÓN ONECA.

opciones políticas válidas y legales, que se tiene a honra profesar por un sector también mayoritario (y ahora comprobado sobre el dato objetivo de una consulta electoral) de la población. Conductas que, no sólo por las leyes promulgadas por los conductores del Régimen anterior, sino también por gran número de españoles, se consideraban subversivas o delictivas, aparecen en la actualidad a los ojos de casi todos (hay que excluir a la minoría que en el referéndum se mostró contraria al sistema democrático) como meritoria actividad, formal y materialmente conforme a Derecho, de acuerdo con los principios de la participación política en una sociedad pluralista. Que es necesario cambiar las leyes penales anteriores ante la evidencia de esta transformación sociopolítica, no parece discutible. Las disposiciones ya promulgadas y las que en la actualidad se elaboran, responden a esa necesidad. La posibilidad de constatar objetivamente la realidad del cambio social y de medir su intensidad, han facilitado la modificación, en naturaleza e intensidad, del ordenamiento penal en lo que se refiere a los delitos políticos.

Respecto a los delitos sexuales la constatación del cambio social no parece tan fácil de realizar, ni deja de presentar dificultades la medición de la intensidad con que se haya podido producir, si efectivamente se llega a la conclusión de que se ha producido. También en este área la modificación del ordenamiento penal debe hundir sus raíces en la realidad social que contempla, y tan pernicioso puede resultar dejar intactas arcaicas estructuras positivo-legales, aplicándolas a una sociedad que ha cambiado y que, por ello, las repele, como elaborar unas leyes nuevas, progresistas y «revolucionarias», que no se acomoden a la medida del cambio operado en la sociedad. Sin tener en cuenta esta reflexión, que a mi entender es elemental, últimamente se está reclamando o exigiendo a nuestros legisladores acomodar nuestro Derecho penal sexual al moderno Derecho penal sexual europeo que, sobre principios político-criminales innovadores, ha experimentado o está a punto de experimentar una transformación. Si nos vamos a homologar en tantas cosas —parece pensarse—, homologuemos también nuestras leyes penales en materia sexual. ¿Es esto posible y científicamente aconsejable?

Una respuesta a este interrogante sólo podrá ofrecerse si previamente se analiza: los principios político-criminales que inspiran el moderno Derecho penal sexual europeo (I); los postulados que orientan el Derecho penal español en materia sexual, no sólo los que inspiran nuestras leyes sino también los que fundamentan la doctrina jurisprudencial (II); los factores sociales que determinaron el cambio del Derecho penal sexual en los países de Europa (III); si esos factores se dan también en España, y en qué medida se dan, si efectivamente se aprecia que el cambio en materia sexual se ha producido (IV). Solamente sobre este esclarecimiento se podrán sacar conclusiones sobre la exigida mo-

dificación de nuestro Derecho penal sexual y se contestará con ellas a la pregunta formulada. Esa respuesta constituye el objeto de este trabajo, que va a seguir el cauce metodológico que acabo de indicar.

I. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL MODERNO DERECHO PENAL SEXUAL

Las directrices del moderno Derecho penal sexual pueden sintetizarse en un principio general básico, y una serie de concepciones referidas a las diversas áreas de la delincuencia sexual que no son otra cosa que consecuencias coherentemente deducidas de ese postulado básico.

1. El principio general podría formularse así: la intervención del Derecho penal en la esfera de la actividad sexual del individuo debe limitarse a aquellas situaciones en que mediante la conducta sexual se causa un perjuicio real e injusto a otra persona o a la comunidad. Con otras palabras, sólo debe castigarse:

a) Cuando para imponer al sujeto pasivo el comportamiento sexual de que se trate (yacimiento, abusos deshonestos), se ha empleado violencia o intimidación, ha existido prevalimiento o se ha abusado de una relación de dependencia.

b) Cuando el comportamiento supone corrupción de un menor por un adulto.

c) Cuando, por su trascendencia, la conducta sexual pueda dar lugar a escándalo público.

d) Cuando se produzca instigación a la prostitución tanto masculina como femenina (1).

Este principio se fundamenta por la doctrina con los siguientes argumentos:

a) La ley penal debe tener una intervención mínima en la organización de la vida social (principio de intervención mínima) lo que supone de un lado que sólo debe acudir con sus severos medios de reacción cuando hayan fracasado los medios —menos

(1) El Código Penal tipo americano de 1962, presentado por el *American Law Institute*, recogió este principio. Se defendió también en el IX Congreso Internacional de Derecho Penal (La Haya, 1964), propugnándose por el Relator General MORRIS PLOSCOWE (Cfr. *Revue Internationale de Droit Penal*, 1964, pág. 1038). Inspiró el *Proyecto Alternativo alemán* (vid. E. BACIGALUPO, *Breves consideraciones sobre los delitos sexuales en el Proyecto Alternativo de Código Penal para la República Federal Alemana preparado por los profesores de Derecho Penal*, en «Revista de Derecho Penal y Criminología» (Buenos Aires), 1968, págs. 126 y ss.) y, con algunas reservas, orienta las recientes reformas alemana (República Federal) y austriaca (Cfr. también H.-H. JESCHECK, *Der Entwurf eines neuen Sexualstrafrechts im Lichte der Rechtsvergleichung*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1971, págs. 299 y ss.; G. SIMSON-F. GEERDS, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, München, 1969; FR-CHR. SCHROEDER, *Reform des Sexualstrafrechts*, Berlín, 1971.

severos— de que disponen otras ramas del ordenamiento jurídico (consideración del Derecho penal como *última ratio*), y, de otro, que sólo debe proteger los valores más fundamentales para el individuo y la sociedad, y estos valores sólo deben merecer la tutela penal frente a los ataques *más intolerables* (carácter fragmentario del Derecho penal) (2). Si estos postulados se aceptan para todos los sectores del ordenamiento jurídico, no hay razón seria que justifique que en materia sexual se rechacen (3).

b) La ley penal no debe ser un código moral que contenga la enumeración de conductas deseables o no deseables desde el punto de vista ético. El texto punitivo, se añade, no debe ser un instrumento para propiciar la salvación espiritual de los destinatarios de la ley.

c) El ordenamiento penal no debe contener prohibiciones que no puedan hacerse observar con eficacia, y la experiencia enseña que la incriminación de determinados actos sexuales discretamente practicados (relaciones íntimas, en privado, entre adultos que consienten en ellas como el adulterio, homosexualismo, estupro simple, etc.) no solamente es inadecuada para impedir la realización de los comportamientos que se tipifican, sino que produce un notable deterioro de la función intimidante de la norma penal. Morris Ploscowe, en el IX Congreso Internacional de Derecho Penal (La Haya, 1964) llegó a afirmar que «este es el motivo principal para limitar la intervención de la ley penal en la esfera sexual» (4).

d) La penalización de ciertos comportamientos sexuales realizados discretamente en privado y entre adultos (lo que no lesiona bien jurídico individual alguno, ni causa perjuicio a tercera persona), constituye a veces un factor criminógeno desencadenante de hechos delictivos de importancia. Tal ocurre, entre otros casos, en el campo de la homosexualidad, donde no es infrecuente que la prohibición penal (en aquellos países donde constituye delito la realización de actos homosexuales, aunque se realicen en privado y entre adultos que consienten) mediante la amenaza condicional de la denuncia, haga posible el *chantage* del *partenaire*

(2) Sobre estos principios, cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1976, págs. 59 y ss.; S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, págs. 124 y ss.; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1977, págs. 18 y ss.

(3) En este sentido, U. KLUG (*Problemas de filosofía del Derecho y de política jurídica en el Derecho Penal Sexual*, en el libro «Sexualidad y Crimen», versión española de la 3.ª edición alemana de E. Gimbernat, Madrid, 1969, pág. 45) defiende que cuando existan dudas sobre si está justificada o no la punición de una conducta sexual, deberá prescindirse de ello en base a la presunción a favor de la libertad. «En el Derecho Penal Sexual —escribe— el legislador sólo debe intervenir con un medio de reacción penal cuando ello sea imprescindible para la protección de bienes jurídicos reconocidos por todos.»

(4) *Revue Internationale de Droit Penal*, 1964, pág. 1038.

socialmente más situado y, por ello, con posibilidades económicas de pagar el silencio de quien colaboró con él en esos actos (5).

e) La pena retributiva (la que conminan los tipos recogidos en los textos punitivos) es ineficaz para el delincuente sexual, ante quien quiebra su función de prevención general, en cuanto no intimida al verdadero delincuente sexual, y fracasa la de prevención especial, ya que no puede ser el tratamiento más adecuado la retención en una institución penitenciaria donde junto a otros efectos para él muy perniciosos, experimentará una perturbación su actividad sexual (6).

2. En congruencia con el principio básico expuesto, se encuentran las orientaciones de la moderna política criminal sobre determinados sectores de la actividad sexual del hombre. Hagamos un breve recorrido por las áreas más relevantes.

A) Respecto a lo que en nuestro ordenamiento conocemos por estupro, se mantiene que sólo deben incriminarse los que supongan un verdadero atentado a la libertad sexual del sujeto pasivo (que no tiene por qué quedar limitado a la mujer —y mucho menos a que ésta sea honesta— exigiéndose en cambio siempre que el sujeto activo sea persona de diferente sexo). Esto equivale a mantener lo que llamamos estupro de prevalimiento y a sacar de la incriminación los supuestos de simple fornicación, sin lesión de bien jurídico alguno. Los casos de estupro simple (yacimiento en que consiente el sujeto pasivo mediante engaño para obtener el consentimiento), se piensa que sólo deben incriminarse cuando se pruebe fehacientemente la intervención de engaño que ha viciado el consentimiento otorgado, y sólo hasta cierto límite de edad que, para las posiciones más progresistas, debe coincidir con el fijado para estimar que el sujeto es imputable (mayor edad penal).

Fuera de estos casos, las relaciones sexuales controvertidas que puedan tener descendencia, se remiten al área del Derecho civil, donde deben encontrar un tratamiento adecuado (7).

B) Respecto al incesto se pone en controversia por la doctrina más progresista el que se deba castigar con penas criminales. Se argumenta que su tradicional prohibición por las leyes penales obedece a un tabú sexual, que el hombre moderno debe apartar de sí, y que hoy no se justifica el miedo a las taras genéticas con el que durante mucho tiempo se trató de explicar su incrimina-

(5) H. ACKERMANN, *Sobre la cuestión de la punibilidad del comportamiento homosexual masculino*, en «Sexualidad y Crimen», cit., págs. 162 y ss.

(6) G. NASS, *Der Kampf gegen die Sexualkriminalität*, en «Aetiologie und Prophylaxe der Sexualkriminalität (Forschungsberichte zur forensischen Psychologie)», Heft 1, Berlín, 1965, págs. 5 y ss.; A. LANGELÜDDEKE, *Psiquiatría forense* (trad. de L. Beneytez), Madrid, 1972, págs. 139 y ss.

(7) E. GIMBERNAT, *La mujer y el Código Penal español*, en «Estudios de Derecho Penal», Madrid, 1976, pág. 36.

ción (8). La doctrina mayoritaria, sin embargo, no defiende que la ley penal deba desentenderse por completo de los problemas que plantean las relaciones incestuosas, pero existe consenso acerca de que debe limitarse la intervención de la ley penal a los yacimientos entre ascendientes y descendientes y entre hermanos y hermanas (de sangre o media sangre). La *Resolución núm. 2* de las adoptadas en el *IX Congreso Internacional de Derecho Penal* (La Haya, 1964) estableció que «en los países donde el incesto constituye delito, la infracción debe limitarse a las relaciones entre ascendientes y descendientes, entre hermanos y hermanas» (9). En la legislación extranjera siguen este criterio los ordenamientos sueco y polaco, pero la característica general del panorama comparatista es la gran diversidad de criterios para la incriminación del incesto, que en muchas legislaciones extiende las fronteras del tipo penal más allá de lo deseable.

C) Respecto a los delitos de raptó, la opinión mayoritaria es que las conductas que como tales tipifican los Códigos tradicionales, sólo muy en segunda línea son delitos sexuales; constituyen ante todo infracciones contra la libertad y la seguridad de las personas. En congruencia con esto, se propugna su desaparición del área de los delitos sexuales, dejando las conductas que contemplan a la penalización como detenciones ilegales o sustracción de menores, donde son subsumibles. Los Códigos penales de Alemania, Finlandia, Grecia, Holanda y Suiza lo regulan así (10).

D) En relación con el adulterio, se propugna su erradicación del ámbito del ordenamiento penal, y que se prevean para el cónyuge culpable sólo sanciones de carácter civil. Sobre el número, naturaleza e intensidad de estas sanciones civiles se polemiza entre más progresistas y menos progresistas.

En favor de la impunidad del adulterio se argumenta: La ineficacia de la sanción penal que, durante muchos años de incriminación, no ha logrado impedir la gigantesca diferencia entre los adulterios que se cometen y los que son castigados. Else Kofka llamó la atención sobre la evidencia de que el adulterio es una de las infracciones de las leyes penales vigentes que con más

(8) F. BAUER, *El Derecho Penal Sexual en la actualidad*, en «Sexualidad y Crimen», cit., pág. 20.

(9) El art. 435 del Código Penal español se encuentra en esta línea progresista recomendada por el Congreso de La Haya. Sobre la punición del incesto en nuestro ordenamiento, vid. L. MORILLAS, *El delito de estupro-incesto*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1976, págs. 293 y ss., y J. R. CASABO, *El parentesco adoptivo en el Código Penal español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1972, págs. 99 y ss.; F. BELLO LANDROVE, *La familia y el Código Penal español*, Madrid, 1977, págs. 252 y ss.; M. POLAINO, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla, 1975, págs. 66 y ss.; M. R. DIEGO DÍAZ-SANTOS, *Los delitos contra la familia*, Madrid, 1973, págs. 346 y ss.

(10) En este sentido se ha manifestado en nuestra doctrina J. M. ZUGALDIA ESPINAR, *Los delitos de raptó en el Código Penal español*, Granada, 1977 (tesis doctoral leída en la Universidad de Granada, todavía inédita).

frecuencia se cometen y sólo muy raras veces se castigan (11). La evidencia de que el adulterio, en la mayoría de los casos, más que causa de la destrucción del matrimonio, es efecto o síntoma de un matrimonio ya destruido por otra causa (12). Los perniciosos efectos secundarios de su incriminación, tales como el definitivo derrumbamiento del matrimonio (una vez que el cónyuge inocente interpone querrela contra el adúltero, resulta casi imposible recomponerlo), la posibilidad de chantaje que se ofrece al cónyuge inocente, mediante la concesión del perdón, para conseguir condiciones ventajosas, y los efectos negativos que para el cónyuge culpable comporta la pena privativa de libertad en el área de su actividad profesional, con extensión del perjuicio a los hijos y al propio cónyuge inocente (13).

Recogiendo este estado de opinión doctrinal, en 1964, el IX Congreso Internacional de Derecho Penal que antes se ha citado, proclamó en su Resolución número 1 párrafo segundo: «El adulterio no deberá ser tratado más que por los Tribunales civiles en el marco de las causas de divorcio o separación y de otra especie de procedimientos matrimoniales». En la actualidad son muy escasos los ordenamientos que mantienen la penalización del adulterio.

E) Sobre la homosexualidad se piensa que los comportamientos de esta clase entre personas adultas, realizados en completa intimidad, si no interviene violencia, engaño, abuso de relación de dependencia, corrupción de menores o profesionalidad, no lesionan ningún bien jurídico necesitado de protección jurídico-penal. En relación con esto y con el respeto debido al principio de intervención mínima, se mantiene que la relación homosexual entre adultos que prestan al acto su consentimiento espontáneo y libre, no debe ser castigada por la ley penal (14). En este sentido se pronunció el citado Congreso de La Haya de 1964, en su Resolución número 6, pero no se puede afirmar que haya sido mayoritariamente aceptada en la legislación comparada, pues si bien son ya muchos los ordenamientos que no tipifican como delito las relaciones homosexuales ejecutadas en las condiciones expuestas, es superior el de los que las recogen en el catálogo de hechos delictivos.

(11) E. KOFFKA, *El adulterio en la reforma del Derecho Penal*, en «Sexualidad y Crimen», cit., pág. 147.

(12) E. KOFFKA, *El adulterio en la reforma del Derecho Penal*, cit., pág. 149.

(13) En este sentido se pronuncia un sector de la doctrina española: E. VAELLO ESQUERDO, *Los delitos de adulterio y amancebamiento*, Barcelona, 1976; M. D. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Política criminal del adulterio*, en «III Jornadas de Profesores de Derecho Penal», Santiago de Compostela, 1976, páginas 135 y ss.; J. A. SAINZ CANTERO, *La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español*, Granada, 1975 (separata del «Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos», vol. IV), págs. 214 y ss.

(14) H. ACKERMANN, *Sobre la cuestión de la punibilidad del comportamiento homosexual masculino*, cit., pág. 162.

En la reciente reforma alemana constituyó uno de los puntos más controvertidos la procedencia o no de castigar los actos homosexuales entre adultos que consienten, extremándose la polémica sin duda a causa del origen histórico-político de la normativa que regulaba la materia (una ley de 1935 que se mantuvo después del fin de la Guerra). El *Proyecto Oficial* de 1962 continuó considerándolos delito, aunque limitó el tipo a los actos homosexuales entre hombres «análogos al coito»; el *Proyecto Alternativo*, más en línea progresista, sólo penalizaba el trato homosexual «de alguna consideración» con menores (15).

F) Sobre la prostitución se piensa que la lucha contra ella debe tener carácter preventivo y no represivo, por lo que se mantiene que, desde un correcto punto de vista político-criminal, su tratamiento no es una cuestión jurídico-penal sino sociológica. Consecuencia de este postulado es que se defiende que el ejercicio de la prostitución no debe criminalizarse, limitándose la ley penal a dispensar protección frente a ella a los jóvenes. A este respecto ha podido escribir A. Mergen que «las prostitutas que afirman su personalidad con ese ejercicio y a las que agrada el modo de vida elegido, es muy difícil resocializarlas. Habrá que dejar que continúen su actividad y proteger frente a ésta a la juventud» (16).

Se limita la penalización a determinados actos de tercería (celestinaje, trata de blancas) cuando se realizan con menores de dieciocho años, o de veintiuno siempre que en este último supuesto concurren determinadas condiciones. El Proyecto Alternativo contemplaba en esta forma la normativa sobre la prostitución (17).

G) En materia de pornografía, la casi totalidad de los Estados, con algunas y significativas excepciones, están vinculados por la *Convención Internacional para la lucha contra la propagación y el comercio de publicaciones impúdicas* de 1923, que hoy obliga a más de noventa Estados y les impone el deber de castigar con pena criminal la elaboración, difusión, exposición pública, tráfico y propaganda de publicaciones pornográficas. Los USA no se encuentran vinculados por esta convención, pero lo están al *Convenio sobre represión de la difusión de publicaciones obscenas* de 1910 (y a su protocolo adicional de 1949) que les impone análoga obligación. Los ordenamientos penales, tanto europeos como americanos, incorporan textos en concordancia con el sentido de ambas convenciones, aunque en la *praxis* se advierte una acusada tolerancia de la pornografía.

(15) H. ACKERMANN, *Sobre la cuestión de la punibilidad del comportamiento homosexual masculino*, cit., pág. 160.

(16) A. MERGEN, *La prostitución*, en «Sexualidad y Crimen», cit., páginas 172 y ss.

(17) E. BACIGALUPO, *Breves consideraciones sobre los delitos sexuales*, cit., págs. 126 y ss.

Dinamarca (por leyes de 1 julio 1967 para la creación literaria, y de 1 julio 1969 para la expresión plástica) y Suecia (por ley de 5 junio 1970) han roto con el régimen prohibitivo, de carácter absoluto, estableciendo como principio general la libertad de producción, difusión y comercialización de material pornográfico, estableciéndose a ello tres limitaciones: la pornografía que pueda producir escándalo público; la lesión del «derecho a la distancia» que implica la prohibición de que, por correo u otros medios análogos de difusión, sea enviado material pornográfico a quien no lo ha solicitado previamente; y la pornografía que pueda dañar la formación moral de jóvenes y menores (18). Las legislaciones renovadas más recientemente (alemana, austríaca), aunque han supuesto un avance con relación a la normativa anterior, no han alcanzado el grado de liberalización de los ordenamientos sueco y danés, continuando hoy con todo su valor de pronóstico la previsión que Jescheck hiciera en el año 1971 (19), acerca de que ni en USA ni en los países empeñados en la reforma de su ordenamiento penal parece abrirse paso la tendencia proclive a la amplia liberalización de la pornografía.

A nivel político criminal y doctrinal, la posición más avanzada coincide con los principios que acabamos de ver encarnan ya los ordenamientos danés y sueco. Posición, menos avanzada y más generalizada es la que propugna que la mera producción de la «simple pornografía» no es punible, y tampoco su comercialización, siempre que ésta se facilite a un adulto que la solicita para adquirirla o (caso de filmes) para visualización en privado de la proyección. Por supuesto que las limitaciones que hemos visto tienen vigor en los ordenamientos sueco y danés, encuentran obvia acogida en la posición que ahora nos ocupa.

Como fácilmente puede descubrirse, la cuestión fundamental continúa radicando en la determinación de qué ha de entenderse por pornografía, a lo que se responde que la mera *descripción de actividades sexuales* no es pornografía, requiriéndose para entrar en la prohibición de ésta que la descripción de tales actividades se haga de forma incitante, excediéndose en los detalles, inoportuna y groseramente. La respuesta, que ha dado incluso el *Bundesgerichtshof* (en resolución de 22 julio 1969) con motivo del libro «Las Memorias de Fanny Hill», no parece aportar demasiada luz al esclarecimiento de lo que es o no es pornográfico (20).

(18) Cfr. H.-H. JESCHECK, *Der Entwurf eines neuen Sexualstrafrechts*, cit., págs. 313 y ss.

(19) *Der Entwurf eines neuen Sexualstrafrechts*, cit., pág. 319.

(20) W. BECKER, *Einführung in das neue Strafrecht*, Hamm, 1974, páginas 72 y ss.

II. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL SEXUAL ESPAÑOL

La normativa penal española en materia sexual está muy lejos en la actualidad de los postulados que se acaban de exponer. Al hablar de Derecho penal sexual español nos referimos no sólo al articulado del texto punitivo sino también a la doctrina que el Tribunal Supremo ha producido al aplicarlo a la realidad (21); a la hora de extraer principios informadores, no puede prescindirse de la importante función *recreadora* que en esta materia ha llevado a cabo la jurisprudencia.

1. La característica general más acusada de nuestro Derecho penal sexual es la *confusión entre Derecho y Moral, entre lo que la moral prohíbe y lo que la ley penal debe castigar*. Esta característica que puede descubrirse fácilmente en el texto legal, ha sido además reafirmada, y me atrevería a decir intensificada, por la doctrina jurisprudencial (22). Son muchas las muestras que sobre esta realidad pudieran aducirse; recordemos sólo las más significativas.

La propia rúbrica del título IX, donde se utiliza la palabra *honestidad*, a la que la jurisprudencia ha dado un contenido exclusivamente moral, haciendo la rúbrica «Delitos contra la honestidad» equivalente a «Delitos contra el *orden moral*», que otros Códigos utilizan. Del mismo modo, las expresiones *doncella* o *mujer honesta* se han venido interpretando —traicionando muchas veces su significación literal y usual— como mujer que observa una conducta conforme a las normas morales en material se-

(21) El Derecho Penal Sexual español es en sus vertientes más importantes un Derecho judicial (hecho por la jurisprudencia), motivado por la abundancia de elementos típicos normativos que existen en muchas de las figuras delictivas del actual título IX del libro II del Código Penal. Esos elementos —que existen también en abundancia en todos los ordenamientos extranjeros— y la posibilidad que brindan a la libre interpretación judicial, constituye para un sector de la doctrina extranjera una excelente vía para reducir la fosa que, con el cambio social, se ha abierto entre la realidad y los textos legales, en cuanto abren paso a la alternativa de una jurisprudencia evolutiva. Por el contrario, VERSELE (*Observations de Sociologie juridique et judiciaire sur la repression des delits de moeurs*, en «Les frontières de la répression», vol. 2, Bruxelles, 1974, pág. 16) cree que en este sentido no hay que hacerse ilusiones, ya que, incluso en los países del *Common Law*, el porvenir pertenece a la vía legislativa más que a la jurisprudencial. Además —añade—, sobre todo en materia penal, los jueces no son propicios a renunciar a los sistemas dogmáticos, sino que se inclinan al mantenimiento de las instituciones.

(22) En la doctrina española denuncian esta confusión: M. POLAINO, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, cit., pág. 144; F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., pág. 75; J. BOIX REIG, *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro*, en «Cuadernos de Política Criminal», 1977, núm. 1, pág. 10; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª edición, 1966, pág. 781.

xual (23). La mencionada interpretación se ve facilitada por la rúbrica del Código que invita a destacar los aspectos meramente morales y a relegar a un segundo plano el atentado contra el bien jurídico que es el verdadero contenido sustancial de los delitos que integran el Título IX (24).

Se castiga la simple fornicación (el mero pecado) sin exigirse que se llegue a ella mediante fuerza o intimidación real, engaño o abuso de situación de prevalimiento. Tal ocurre en el tipo del artículo 436, párrafo 3.º, donde se castiga el acceso carnal con mujer mayor de doce años y menor de dieciséis sin necesidad de que intervenga engaño (ya que éste cumple la función de agravar) (25).

La exigencia que establece el artículo 434 de que la mujer sea *doncella* para aplicar el tipo cualificado que contiene, lo que significa el no dispensar el *plus* de protección penal que comporta a la mujer que no mantiene una conducta sexual acorde con las normas morales, según la interpretación jurisprudencial del término. Lo mismo puede decirse de la exigencia de que *la mujer sea honesta* que, al margen del tenor literal del tipo viene requiriendo el Tribunal Supremo para aplicar la figura del estupro-engaño del artículo 436, párrafo primero (26). Se ha creado así una suerte de distinción entre mujeres buenas (honestas), cuya libertad sexual merece protección penal, y malas (no honestas) que no la merecen.

La penalización de los abusos deshonestos no violentos, equiparados a los tipos de estupro, en alguno de los cuales al no exigirse el engaño como elemento constitutivo del tipo, se viene a castigar el tocamiento consentido por el sujeto pasivo, el mero pecado (27).

(23) El término «doncella» del artículo 434 se ha interpretado como equivalente a mujer honesta, de buenas costumbres y reputación, anteriores al hecho, conserve o no el himen (STS 1-2-1968, 30-3-1970, 28-2-1975, etc.).

(24) Semejante reproche se formuló por la dogmática alemana a la rúbrica «Delitos contra el orden moral» que utilizaba el *Proyecto Oficial* de 1962. Cfr. E. BACIGALUPO, *Breves consideraciones sobre los delitos sexuales*, cit., pág. 128.

(25) Para quienes estimen que el tipo del art. 435 ha de apreciarse cuando se dé el yacimiento con descendiente o hermana, sin que sea preciso intervención de engaño o abuso de la situación de prevalimiento que la relación de parentesco pueda conllevar, el art. 435 será una muestra más de la penalización de la simple fornicación a que aludimos en texto. Si, por el contrario, se piensa que el tipo del art. 435 encarna un delito de estupro (estupro-incesto) y, como tal, exige engaño o cualquier clase de condicionamiento que impida a la mujer determinarse libremente en relación con el yacimiento, no podrá aducirse como índice de la confusión denunciada. Para la comprensión del problema —de que hemos hecho mérito en otra nota de este trabajo—, ofrecen el máximo interés los trabajos de J. R. CASABO, *El parentesco adoptivo en el Código Penal español*, cit., págs. 105 y ss., y L. MORILLAS, *El delito de estupro-incesto*, cit., págs. 304 y ss.

(26) En este sentido, J. BOIX REIG, *Consideraciones político-criminales*, cit., pág. 10.

(27) A. QUINTANO (*Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 803) ha criticado-

Exponente de esa confusión lo es también la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho del elemento típico engaño, que Javier Boix ha denunciado recientemente (28). Bajo el peso de la Moral, con la que se confunde el Derecho, nuestro más alto Tribunal ha llegado a negar la condición de engaño a efectos del requisito exigido en el primer párrafo del artículo 436 a comportamientos fraudulentos que realmente lo son como la promesa pecuniaria (mediante la que se logra el acceso carnal) o la promesa de contraer matrimonio condicionada al embarazo. La razón del rechazo, a mi entender, no es otra que la apreciación de que resulta *inmoral* dejarse engañar por esa clase de promesas.

Igualmente podrían aducirse como muestras de la confusión a que aludimos, que la doctrina jurisprudencial mantenga una imagen de la mujer que no responde a la realidad (29), que parta de una comprensión hoy tenida por superada del fenómeno de la sexualidad y que dentro del Título del Cóligo que agrupa los delitos sexuales se tipifiquen comportamientos atentatorios al orden familiar (como puede ser el rapto consensual) o el honor familiar (algunos supuestos de estupro y hasta su despenalización, el adulterio) contemplados como soportes de una determinada moral.

2. La consecuencia de la orientación general que acabamos de exponer es que la ley penal intervenga en el área de lo sexual, castigando comportamientos de esta clase que no lesionan bien jurídico alguno (yacimiento libremente consentido con mujer mayor de doce años y menos de dieciséis, rapto consensual, relaciones homosexuales realizadas en privado entre adultos que consienten, etc.) ni conllevan escándalo público, ni corrupción de menores. Algunas de estas conductas, incluso, no están expresamente tipificadas en el texto legal, pero la doctrina jurisprudencial, aprovechando la vaguedad descriptiva de algunos tipos y la abundancia en los del Título IX de elementos típicos normativos con valoración cultural (pudor, buenas costumbres, grave escándalo, etc.), en especial el que encarna el artículo 431, ha logrado alcanzarlos; las relaciones homosexuales, tenencia de material por-

con agudeza alguno de los supuestos de esta clase que el Código Penal castiga: «Perfectamente comprensible es esto (la penalización de los abusos deshonestos no violentos) en la referencia a los estupros de prevalimiento, del art. 434 y párrafos 2.º y 3.º del 436, así como a los de incesto, del 435, me parece incomprensible y hasta altamente inmoral en lo que toca al engaño, del párrafo primero del 436. Obtener de una mujer de entre los dieciséis y veintitrés años el yacimiento bajo promesa de matrimonio es, si no muy moral, al menos comprensible y humano, por lo que es justo que la ley lo ampare. Pero pretender que esta protección llegue a admitir como buenas y válidas promesas engañosas para conseguir las más bajas satisfacciones de instintos sexuales desbordados, raya ya en los límites de lo inmoral y de lo absurdo.»

(28) J. BOIX REIG, *Consideraciones político-criminales*, cit., pág. 13.

(29) En nuestro trabajo (*La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español*, cit., págs. 227 y ss.) describimos, con cita de fallos jurisprudenciales, los perfiles de esa imagen.

nográfico, relaciones incestuosas no comprendidas en el artículo 435, etc., se han visto, por esta vía, castigadas con pena criminal (30).

III. LOS FACTORES QUE DETERMINARON EN EUROPA LAS MODERNAS ORIENTACIONES DEL DERECHO PENAL SEXUAL

Estas líneas maestras del Derecho penal sexual español, tan alejadas hoy de la política criminal de los países europeos, no lo estaban tanto hace un par de décadas. Todavía en 1962, Fritz Bauer señalaba múltiples *arcaísmos* no sólo en el ordenamiento penal alemán sino también en muchos países de Europa, que contrastaban con progresistas leyes incorporadas ya a otros (31). En el mismo Congreso de La Haya de 1964, que repetidamente se ha citado, se hicieron recomendaciones que doctrinalmente resultaban de una excesiva timidez ya en esa época, pero que encuentran explicación en el retraso en que aún se hallaban gran parte de las leyes penales del mundo.

En menos de veinte años, sin embargo, tanto las ideas como las legislaciones parecen haber dado un salto hacia adelante, disparándose hasta unos niveles de control de la actividad sexual que en nada se parecen a aquellos que remplazaban y, por supuesto, a los de países como el nuestro que continuaron anclados en las tradicionales estructuras. ¿Cuáles han sido los factores que han determinado ese cambio que se ha llamado «revolución sexual»?

Aunque la respuesta a esta pregunta tiene profundas raíces sociológicas, y por sí misma daría materia para un extenso estudio monográfico, pueden señalarse cuatro factores fundamentales como propiciadores de la nueva óptica.

a) En un plano puramente ideológico, el influjo de la ilustración, el liberalismo y los movimientos feministas, aportando concepciones que han ejercido importante peso en el proceso de reajustes y modificación de las leyes. Aunque ha sido un cambio muy lento, visto desde la perspectiva de hoy, no puede desconocerse la importancia que la ideología liberal tiene en la consideración de que la actividad sexual es un asunto privado, íntimo, de la vida del hombre. Tampoco puede olvidarse a este respecto que es el pensamiento de la Ilustración el que impulsa, y en gran medida opera, el corte del cordón umbilical que en el plano del Derecho unía y confundía a éste con la Religión, a la norma jurídica con la norma moral, al delito con el pecado, separación que tiene una amplia incidencia en el área de los delitos de adulterio, de aborto y de infanticidio *honoris causa* cuyas penas se suavizan

(30) Cfr. J. M. MARTÍNEZ PEREDA, *El delito de escándalo público*, Madrid, 1970, págs. 178 y ss.

(31) F. BAUER, *El Derecho Penal Sexual en la actualidad*, cit., *passim*.

considerablemente a fines del siglo XVIII y principios del XIX. Con posterioridad, los movimientos feministas consiguen la proclamación y regulación en las leyes de la responsabilidad del hombre en casos de relaciones extramatrimoniales no espontáneamente consentidas por la mujer, el pago de alimentos bajo severas sanciones civiles y la protección de los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio frente a los padres reacios a reconocerlos, que incluso en algunos ordenamientos pueden ser exigidos por los organismos encargados de la protección de los menores contra la propia voluntad de la madre (32).

b) En un plano sociológico, el cambio profundo que en la mentalidad de las gentes se ha producido en relación a lo sexual. Se ha alterado en gran medida el cuadro de valores vigente hace unos años, adoptándose una posición positiva de cara a la actividad sexual, no sólo en el marco del matrimonio sino también fuera de él. Como advierte Hellmuth Mayer (33), no se trata de deterioro o decadencia moral sino de un proceso racional en el que el hombre saca a la luz, exteriorizada, lo que por respeto sagrado a los tabús sexuales antes tenía escondido.

Esto supone, conviene advertirlo, que ha cambiado el pensamiento, la mentalidad, sobre *lo sexual* y sus manifestaciones al exterior; no quiere decir que haya cambiado el comportamiento sexual del hombre.

c) Se ha extendido la libertad personal de la juventud, incluso en lo que afecta al sexo femenino —tradicionalmente excluido de las áreas de tolerancia—, para lo que ha sido un poderoso estímulo la desaparición del miedo al embarazo y al dato de la virginidad, que ha perdido el significado de «fiel contraste» (de mujer honesta) que con anterioridad ostentaba (34).

d) Ha cambiado también la mentalidad de los *padres-abuelos*. En Europa (35) son mayoría los que ante la evidencia de un embarazo de su hija soltera y menor, prefieren que el nieto se eduque en el seno de su propia familia (en la casa de los abuelos) antes que forzar un matrimonio prematuro y no completamente deseado por cualquiera de los dos miembros de la pareja.

Estos factores han sido decisivos en la transformación de las concepciones político-criminales que, como es sabido, están motivadas e impulsadas por las concepciones vigentes en el grupo social, y han permitido encarnar en leyes positivas esas orientaciones de política criminal, las cuales habrían sido rechazadas si no se hubiera operado ya el cambio de mentalidad. En definitiva es este cambio social el que tiene que darnos la medida, en extensión y en profundidad, de la reforma del Derecho penal sexual.

(32) H. MAYER, *Die sogenannte sexuelle Revolution und das Strafrecht*, en «Festschrift für Ernst Heinitz», Berlín, 1972, págs. 120 y ss.

(33) H. MAYER, *Die sogenannte sexuelle Revolution*, cit., pág. 121.

(34) H. MAYER, *Die sogenannte sexuelle Revolution*, pág. 122.

(35) H. MAYER, *Die sogenannte sexuelle Revolution*, cit., pág. 122.

IV. EL CAMBIO EN MATERIAL SEXUAL EN LA REALIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

Si es el cambio el que ha de darnos la medida de la reforma del Derecho penal sexual, parece obligado que, a esta altura de nuestras reflexiones, nos preguntemos ya si en la realidad social española se ha producido un cambio parejo al que acabamos de ver ha tenido lugar en los países que han reformado su legislación penal en materia sexual.

A mi entender la concepciones sociales han experimentado una transformación, pero no han cambiado en la medida que se ha producido el cambio en los países de Europa. Las ideas político criminales de nuestros penalistas, con algunas excepciones, están abiertas, sin embargo, a las más avanzadas orientaciones en la materia (36). Las *élites* intelectuales del país y sobre todo grupos minoritarios de ellas muy radicalizados, comparten, y en cierta medida superan, las concepciones que sobre Derecho penal sexual se han impuesto más allá de nuestras fronteras. Ni las proclamaciones de estos últimos, ni las orientaciones de los penalistas por sí solas justifican una reforma revolucionaria de la legislación sobre la materia en ese sentido, si no se hallan respaldadas por las ideas vigentes —dominantes si se quiere— en el grupo social. Tratemos de analizar cuál ha sido el cambio de nuestra sociedad.

Que se ha producido un cambio, una transformación en lo que afecta a lo sexual, es algo que nadie se atreverá a negar. Forma parte de la colosal transformación estructural que ha experimentado la sociedad española y en la que no han sido motores de menor importancia —como ha hecho observar José Luis Pinillos (37)— los millones de obreros españoles que trabajan «precisamente en aquellos países a cuya concepción de la vida nos opusimos un día»; los turistas que, en parte, han impuesto sus costumbres por nuestras playas, pueblos y ciudades; la televisión, que enfrenta diariamente a los españoles con modos de vida ajenos a los que durante siglos se habían observado dentro del recinto nacional; el desarrollo industrial que ha sacado de sus pueblos a millones de personas; la incorporación de la mujer al mundo del trabajo, aunque, como ha señalado Amando de Miguel, el nivel de participación femenina que se da en España resulta «extremadamente débil» en relación con otros países (38); el propio ciclo de la Reforma —y con él el de la Contrarreforma— que

(36) Recientemente se ocupa del tema A. FERNÁNDEZ ALBOR, *Cambio Social y Derecho Penal*, en «Estudios Penales» (I), Santiago de Compostela, 1977, págs. 143 y ss.

(37) J. L. PINILLOS, *La evolución de las costumbres*, en «La España de los años setenta», vol. III, tomo I, pág. 355.

(38) A. DE MIGUEL, *Evolución de la fuerza de trabajo en España*, en «La España de los años setenta», vol. III, tomo I, cit., pág. 311.

se ha disuelto bajo los efectos de una secularización que amenaza por igual a todas las confesiones (39).

La evidencia del cambio no permite por sí sola sacar conclusiones sobre la profundidad en que se ha producido y sobre cuál ha sido el nivel que ha alcanzado en relación con los niveles logrados en Europa. Para establecerlo, aunque sólo sea aproximadamente, me parece el camino metódico más correcto rastrear la presencia de nuestra sociedad de los factores que, hemos visto, impulsaron el cambio fuera de nuestras fronteras.

a) Las corrientes ideológicas no han ejercido en España, ni mucho menos, la influencia que en la sociedad y en la legislación han tenido en Europa. No puede negarse —como ha escrito Piniillos— que desde las Cortes de Cádiz los síntomas de acercamiento a la cultura europea no han dejado de estar presentes en la vida de nuestro país, pero «semejantes episodios de apertura se han producido dentro de un contexto básicamente *fixista*» (40). Por esta causa, a mi entender, no ha impactado de modo profundo en las concepciones populares ni ha logrado incorporarse a la legislación. La Ilustración tuvo una importancia decisiva en el movimiento codificador (41), pero después de ello las prolongaciones de su pensamiento (que es el que se orienta a una cultura europea) no logran las modificaciones de carácter humanitario y dulcificador que en otros países opera en el campo de los delitos de aborto y de infanticidio *honoris causa*. Tampoco las ideas liberales se impusieron hasta el punto de hacer ver a nuestros legisladores que la actividad sexual pertenece a la esfera íntima del individuo. Y sólo en época muy reciente los movimientos feministas consiguen tímidas modificaciones de ordenamiento jurídico en favor de la mujer y de los hijos no legítimos.

b) El cambio de mentalidad en relación con lo sexual producido en Europa se ha registrado también en España, aunque más tarde y en medida inferior. En los sectores intelectualizados y en la Universidad se registra una transformación que, aunque no llega, se aproxima bastante a lo que se piensa en Europa. Pero en clases de inferior nivel cultural se está más lejos de esos niveles. No puede decirse que en este punto el cambio reclame lo que el cambio del extranjero reclamaba cuando se operó la reforma del Derecho penal sexual.

c) La libertad personal de la juventud, señalada antes fuera de España, se ha extendido también aquí, no sólo en los estratos sociales más intelectualizados, sino también en estratos culturalmente más bajos. Los niveles, sin embargo, no creo que estén em-

(39) Este factor, como es obvio, no deja de tener su importancia a los efectos de la relación Derecho y Religión, norma jurídica y norma moral que hemos visto, viene pesando sobre nuestro Derecho penal sexual.

(40) J. L. PINILLOS, *La evolución de las costumbres*, cit., pág. 355.

(41) Cfr. J. A. SAINZ CANTERO, *La evolución del Derecho Penal y su evolución*, Barcelona, 1977, págs. 127 y ss.

parejados con los europeos. Aunque no en todos los sectores, el miedo al embarazo y el respeto a la virginidad siguen constituyendo freno en la mayoría. Es posible que dentro de unos años esto no suceda, y haya que tener en cuenta que se legisla para el futuro, pero en la actualidad es así.

d) La mentalidad de los padres-abuelos ha cambiado aquí muy escasamente. Es este el factor que menos puede detectarse, y ello es importante a los efectos de modificación de la ley penal. Todavía se advierte en la concepción de los padres —*del cabeza de familia*, para emplear la expresión usual— una confusión entre delito sexual y atentado al orden familiar que hay que tener en cuenta, pues la despenalización de algunos delitos sexuales llevaría a dejar desguarnecida la moral y el orden familiar, al no existir en nuestro ordenamiento un título que recoja los delitos que atentan contra la familia. Hay que tener en cuenta también que nuestra legislación civil no protege suficientemente los derechos de los hijos no legítimos ni a la madre soltera (42).

A este análisis hay que añadir un factor que se ha dado en España, que se sigue registrando y que no aparece en países extranjeros o ha sido mínimo en ellos: la resistencia al cambio que ha sido señalada como uno de los ingredientes más radicales de nuestra idiosincrasia, y aunque dicho así resulta exagerado, sí puede afirmarse con Pinillos que «la tenaz resistencia a las novedades ha constituido una marcada nota de nuestro talante colectivo o, al menos, de un importe costado de él» (43).

Estos factores hacen que tengamos que decir que el cambio de nuestra sociedad en materia sexual no ha tenido la intensidad ni ha alcanzado el nivel que ha producido en países extranjeros. La reforma del Derecho penal sexual que se proponga no podrá, en consecuencia, tener el horizonte que han tenido las últimas reformas acontecidas en el mundo. Esto no quiere decir, sin embargo, que haya que renunciar a transformar nuestra normativa sobre la materia, ni siquiera que debamos quedarnos a mitad de camino. Supone reflexionar *con prudencia* sobre el alcance de nuestra reforma.

V. LA REFORMA DEL DERECHO PENAL SEXUAL EN ESPAÑA

¿Cuál debe ser entonces la reforma del Derecho penal en materia sexual en nuestro país? ¿Cuál su alcance y profundidad? La evidencia del cambio impone la necesidad de una reforma a fondo; pero su alcance y profundidad debe ser acorde con el nivel

(42) A estas deficiencias de la legislación civil atribuye F. MUÑOZ CONDE el que la doctrina jurisprudencial extienda la penalización del delito de estupro-engaño más allá de lo procedente (*Introducción al Derecho Penal*, cit., pág. 75).

(43) J. L. PINILLOS, *La evolución de las costumbres*, cit., pág. 345.

por él logrado. A este respecto conviene recordar algunas de las conclusiones a que antes hemos llegado. En nuestra sociedad no han cambiado las cosas en el mismo grado que en Europa, pero sí se han transformado algunas valoraciones, han variado ciertas formas de comunicación entre los sexos (44) y se ha producido una secularización que obliga a operar la escisión entre Derecho y Moral (45).

(44) A este respecto están llenos de significación los datos de diferentes encuestas realizadas a grupos determinados de nuestra sociedad a los que se le preguntaba su opinión (rechazo o aceptación) de las relaciones sexuales (completas) prematrimoniales. J. L. PINILLOS (*La evolución de las costumbres*, cit., pág. 366) afirma que en una encuesta realizada por él sobre una muestra de universitarios, en 1955, se rechazó la libertad de relaciones sexuales fuera del matrimonio por un 71 por 100. Nueve años más tarde, en 1964, las aceptan más de un 50 por 100 de los estudiantes sometidos a sondeo por el equipo de *Mundo Social*. En 1970 la encuesta DIS (patrocinada por el Centro Nacional Salesiano de Pastoral Juvenil) da como resultado que el 24,4 por 100, de una muestra de 7.408 alumnos de los Salesianos, no consideraba moralmente «malas» las relaciones sexuales totales prematrimoniales. A principios de 1973, una encuesta realizada sobre la juventud rural que llevó a cabo el Instituto Nacional de la Juventud, dio que el 20 por 100 de esos jóvenes consideraba «bien», o a lo más «regular», que «los novios tuvieran relaciones sexuales completas». En el mes de mayo de ese mismo año de 1973, una encuesta que realiza el Instituto de la Opinión Pública (donde se entrevistó a 2.342 personas mayores de dieciocho años), constata que el 35 por 100 de los entrevistados aceptan las relaciones sexuales y pre y extramatrimoniales («Revista Española de la Opinión Pública», número 36, abril-junio 1974, pág. 237). Durante el curso 1976/77, en un sondeo de la población estudiantil universitaria granadina que llevamos a cabo en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, con objeto de verificar lo que opinaban los encuestados sobre la criminalización del aborto, se introdujeron algunas preguntas sobre las relaciones sexuales prematrimoniales. Los resultados fueron éstos: sobre que *una mujer* antes del matrimonio haya tenido relaciones sexuales completas lo considera poco conveniente el 27,63 por 100, bastante conveniente el 26,67 por 100, muy conveniente el 23,56 por 100 y nada conveniente el 16,02 por 100. Sobre que *un varón* antes del matrimonio haya tenido relaciones sexuales completas se estima bastante conveniente el 29,69 por 100, muy conveniente el 27,27 por 100, poco conveniente el 24,16 por 100 y nada conveniente el 12,56 por 100. Sobre la conveniencia de que la pareja de novios mantenga relaciones sexuales completas se estima muy conveniente por el 31,57 por 100; bastante conveniente el 28,82 por 100, poco conveniente el 23,44 por 100 y nada conveniente el 10,76 por 100. (Cfr. mi comunicación al Coloquio Regional de la *Association Internationale de Droit Pénal* (Madrid-Plasencia, octubre 1977), titulada «Sondeo a la opinión estudiantil universitaria de Granada sobre la incriminación del aborto y su regulación actual», de próxima publicación en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, que recogerá las comunicaciones del Coloquio). Sobre el cambio en ciertas formas de comunicación entre los sexos se publicó hace unos años en España un sugestivo libro que ofrece una imagen muy acertada de la realidad, el de ALEJANDRA FERRÁNDIZ y VICENTE VERDU, *Noviazgo y matrimonio en la burguesía española*, Madrid, 1974.

(45) La encuesta realizada en 1973 por el Instituto de la Opinión Pública, que hemos citado, sobre las contestaciones de los entrevistado a preguntas sobre el divorcio, relaciones sexuales pre y extramatrimoniales, los cursos jóvenes y las relaciones intrafamiliares, llega a la conclusión de que «puntos de vista predominantemente pragmáticos, es decir, *secularizados*, tienden

En atención a ello pienso que ante todo debe evitarse la confusión entre ambos campos. Para esto hay que prescindir de penalizar conductas constitutivas de simples actos contra la moral, en la actualidad elevados por el legislador a la categoría de delito, y de los apoyos legales que la confusión viene encontrando en el propio articulado del Título IX del Código penal. Esto nos llevará, de cara al ordenamiento positivo, a despenalizar el adulterio y amancebamiento (46), a reducir los tipos de estupro a aquellos casos en que se produzca lesión de la libertad sexual del sujeto pasivo, cuyo círculo no debe reducirse al hombre, rebajando los límites de edad para dispensar la tutela penal a los dieciocho años, al menos (47), eliminar algunos supuestos de abusos deshonestos no violentos, reduciendo su punición a aquellos casos que constituyan un verdadero atentado a la libertad sexual; cambiar la actual rúbrica del Título IX («Delitos contra la honestidad») por la de «Delitos sexuales» y prescindir de las exigencias de doncellez y honestidad en la mujer que algunos tipos hacen (arts. 434, 436 párrafo primero). Urge al mismo tiempo una seria conformación de la legislación civil en lo que se refiere a tutela de derechos de los hijos no legítimos, de las madres solteras, y de la investigación de la paternidad (48).

Hay que sacar del Título conductas que no atentan contra bienes jurídicos de carácter sexual, sino contra valores —dignos también de protección indudablemente— que no tienen esa naturaleza. Es el caso del delito de raptó (49). El raptó no es un delito sexual. Su objeto jurídico es la libertad pero no necesariamente la libertad sexual; no conlleva tampoco necesariamente actividad sexual. Esta no se exige para la consumación, sólo se requiere (y no expresamente, en el raptó consensual del art. 441), una inspiración final de carácter sexual. Atenta contra otros bienes jurídicos que hallan tutela en diferentes lugares del Código penal; el raptó violento conculca la libertad de locomoción, que encuentra tutela en el tipo de detenciones ilegales, el consensual, en determinados supuestos, puede atentar contra la seguridad in-

a predominar sobre actitudes de principio con alta carga emotiva, cerradas por tanto a la transacción y al compromiso y, por lo mismo, a la tolerancia» (Cfr. E. BARDÓN FERNÁNDEZ y otros, *Encuestas e Investigaciones del Instituto de la Opinión Pública*, en «Revista Española de la Opinión Pública», número 36, 1974, pág. 233).

(46) Su despenalización en nuestro ordenamiento puede darse por conseguida, pero cuando redacto estas líneas aún se encuentra el Proyecto de Ley correspondiente ante la *Comisión mixta Congreso-Senado*.

(47) Tampoco ha logrado superar su paso por las Cortes, cuando se redacta este trabajo, el Proyecto de Ley que rebaja los límites de edad del sujeto pasivo a efectos de protección penal en algunos supuestos de estupro y raptó.

(48) Los pasos dados últimamente por nuestra legislación resultan todavía muy tímidos, a nuestro juicio.

(49) J. M. ZUGALDIA, en la tesis doctoral que antes hemos citado, lo ha demostrado documentada y suficientemente.

dividual y/o el orden familiar, protegidos penalmente por la figura de sustracción de menores del art. 486 del Código penal. La supresión, pues, de la expresa tipificación de los delitos de raptos no dejaría desguarnecido ningún valor fundamental que merezca protección penal, ya que los comportamientos «más intolerables» seguirían encontrando subsunción en tipos penales como las detenciones ilegales y la sustracción de menores, que reclaman para tal efecto una remodelación a fondo.

Debe añadirse un tipo que expresamente penalice la producción, exhibición, difusión, comercialización y cualquier clase de tráfico de material pornográfico. La principal dificultad se hallará en la determinación de qué debe entenderse por pornografía. Por su vaguedad, no satisface la distinción *pornografía/erotismo* y tampoco parece válido la que diferencia entre mera descripción de la actividad sexual y descripción de esta actividad de forma incitante, extendiéndose en detalles, inoportuna y groseramente. Es en este punto donde los legisladores deben tener en cuenta sobre todo los niveles de cambio que han tenido lugar en España. Con la expresa tipificación se evitaría el absurdo que denunció la circular número 1 de 1976 de la Fiscalía del Tribunal Supremo: que la apología de la pornografía no está configurada como delito, al venir penalizando la pornografía el Tribunal Supremo en el área típica del art. 431, y no remitir a ese tipo de escándalo público el art. 268, que constituye el marco adecuado para la punición de la apología del delito (50).

Entiendo, además, que la figura delictiva que se cree debe estar flanqueada por una severa normativa de carácter penal administrativo (en la que en esta materia ha de confiarse más que en el orden penal criminal) y una eficaz acción policial encaminada a prevenir y descubrir el tráfico de material pornográfico. Esto, naturalmente, sin perjuicio de las previsiones que contiene la vigente Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (art. 2, número 5), que no deben desaparecer, sean cualesquiera los avatares que toque sufrir a esa Ley en la borrasca reformista que siga a la entrada en vigor de la Constitución.

Hay que remodelar algunos tipos para evitar que, a través de sus deficiencias técnicas, termine por imponerse la inercia de la tradicional confusión de Derecho y Moral. Entre ellos destaca el tipo del delito de escándalo público que encarna el art. 431 del Código penal, y respecto al cual urge prescindir del abuso de elementos típicos normativos, propiciando un mayor respeto al principio de legalidad, limitar su área de aplicación a los actos:

(50) Añade la Circular que estamos citando que «en todo caso, la apología de la pornografía sólo tendría la consideración de la falta prevista en el art. 566, número 4, del Código Penal». (*Circular número 1/1976 sobre publicaciones y espectáculos contrarios a la moral*, en «Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1977, Madrid, 1977, págs. 211 y ss.

obscenos realizados en lugar público y a los que se realicen en lugar privado pero ante otras personas y sacar de su ámbito para llevarlos a otro lugar, los comportamientos constitutivos de corrupción de menores; en definitiva, urge evitar que continúe siendo el cajón de sastre que hasta ahora ha constituido (51).

Respecto a la violación, se impone una importante remodelación de los tipos contenidos en el art. 429 del Código penal, en el sentido que acaba de proponer González Rus en tesis doctoral leída en la Universidad de Granada (52). De las proposiciones de *lege ferenda* que hace, a mi juicio, pueden aceptarse por su importancia: a) La ampliación del círculo del sujeto pasivo del delito, hasta hacerlo comprensivo del varón, cuya libertad sexual, de este modo, quedaría protegida por el tipo. La limitación que la normativa vigente hace a la mujer no encuentra justificación (a mi juicio proviene de la falsa imagen de la sexualidad y del sexo femenino que el legislador tradicionalmente ha mantenido) ni se comprende por qué han de quedar excluidos del ámbito del delito los supuestos de violación (anal) de varones, especialmente los menores de doce años, donde las razones que abonan el plus de protección penal que el tipo de violación significa respecto al de abusos deshonestos son tan válidas como en el caso de violación de la mujer. Ello implica, como es obvio, una nueva inteligencia del delito, que no ha de limitarse a las relaciones heterosexuales b) La sustitución del verbo «yacer», constitutivo en la actualidad del núcleo del tipo, por otro término lo suficientemente amplio que permitiera subsumir en la figura no sólo los yacimientos vaginales sino también los anales, tan reprobables o más que aquéllos; esto sin detrimento, por supuesto, del ámbito de aplicación de la figura de abusos deshonestos del art. 430. c) La modificación de la pena, en cuanto que la fijada en la actualidad aparece como excesivamente severa, sin que la experiencia pruebe que esa severidad se corresponda con una mayor fuerza intimidante del precepto. d) La ampliación de los supuestos en que procede la persecución de oficio, disponiéndose como obligatoria, y no como facultativa, la actuación del Ministerio Fiscal en lo referente a la perseguibilidad, cuando se trate de persona menor de dieciséis años. e) Replantear la normativa actual sobre el perdón, el cual no debe ser relevante en los casos de violación de menores de doce años, ni cuando la violación fuese acompañada de otro delito perseguible de oficio, ni debería dejarse, en ningún caso, al absoluto arbitrio del agraviado, limitándose a conceder a éste el derecho a proponerlo al Tribunal, quien resolverá sobre la conveniencia o no de otorgarlo. Junto a estas modificaciones, pienso que debe aprovecharse la remodelación de la vio-

(51) En este sentido, J. M. MARTÍNEZ PEREDA, *El delito de escándalo público*, cit., págs. 231 y ss.

(52) J. J. GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código Penal español*, 2 vols., Granada, 1978, especialmente págs. 863 y ss.

lación para crear una figura intermedia entre ésta y el estupro que incluyera algunos casos en los que el sujeto pasivo tiene una edad mental inferior a la biológica (53).

Se ha de proceder a una nueva redacción del delito de abusos deshonestos violentos del art. 430 del Código penal, procurando concretar su área de aplicación, evitando la expresión «el que abusare», que en la práctica viene planteando, entre otros, el difícil problema de si para aplicar el 430 se requiere o no el contacto corporal.

Debe ofrecerse por el legislador una definición de estupro, conectándolo a *yacimiento conseguido mediante engaño u otro condicionamiento de la libertad de determinación sexual del sujeto pasivo*. Se configuraría así la voz estupro con un contenido valorativo —que es el que entiendo, con la doctrina más solvente (54), tiene también hoy— sin dejar lugar para las dudas que actualmente se plantean en la práctica.

Un nuevo planteamiento de los delitos relativos a la prostitución, completaría este cuadro de remodelaciones de tipos a que nos referimos.

Con lo dicho no se agota, por supuesto, la reforma de los delitos sexuales que el cambio social reclama; tampoco hemos pretendido agotarla. Nuestro propósito no ha sido otro que el de obtener unas directrices generales que, nos parece, deben orientar la normativa de los delitos sexuales en el Código penal nuevo que, para pronto, se nos promete. No se me oculta que estas y otras reformas deben conectar con la de otras áreas del Código penal que mantienen una intensa relación con las que aquí se han estudiado.

(53) En la STS de 28 septiembre 1973 se ha abogado por una figura intermedia entre violación y estupro. En sentido crítico ha estudiado la doctrina jurisprudencial en lo que se refiere a la diferencia de edad biológica y edad mental referida al delito de estupro-engaño, L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Criterios cronológico y psicológico respecto a la edad de la estuproada*, en «Temas penales», Madrid, 1977, págs. 121 y ss.

(54) En el mismo sentido, J. R. CASABO, *El parentesco adoptivo en el Código Penal español*, cit., págs. 106 y ss.