

El delito de violación: la conducta típica

AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Profesora de Derecho penal de la Universidad de Alcalá de Henares

El objeto del presente estudio es proponer una reflexión, comparando la antigua regulación del delito de violación en el Código Penal, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

Se ha buscado como punto de partida el estudio jurisprudencial del antiguo delito de violación, centrándolo en tres sentencias del Tribunal Supremo, que quizá signifiquen una cierta evolución en el tratamiento de la violación, cuando han surgido nuevas manifestaciones de la conducta típica, como son la penetración anal y la oral. Como se sabe, y en relación con estas figuras, el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo elevó una exposición detallada al Gobierno, a través del Ministro de Justicia y en uso de la facultad que confiere al intérprete de la ley el artículo 2, párrafo segundo, de nuestro Código Penal, razonando la incriminación más severa de tales hipótesis del antiguo delito de abusos deshonestos. También resultará ilustrativo el tratamiento que, tanto el Proyecto del año 1980 como la Propuesta de 1983, confieren a la penetración anal, que configuran como una figura intermedia entre la violación propiamente dicha y el delito de abusos deshonestos.

Terminaré este modesto estudio con una referencia al Anteproyecto de Ley Orgánica de actualización del Código Penal, en el que se contenían subtipos del delito de violación, posibilidad que desaparece en el Proyecto, aunque determinadas enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista han conseguido un texto definitivo que contempla diversas manifestaciones de la conducta típica. Merece la pena resaltar ya desde el principio cómo dichas enmiendas se presentan en el Senado, por el Grupo Parlamentario referido, sin que ni el Consejo General del Poder Judicial ni los propios redactores del Anteproyecto hayan podido opinar sobre el texto definitivo.

Quizá en la actualidad el número de ataques sexuales que se cometen es menor, en proporción a la densidad de población, y, aun

en números absolutos, a cualquier época pasada, pero lo que es más importante, la publicidad, las detenciones y las condenas, y, sobre todo, la repulsa de la sociedad crece constantemente. Ese paso de lo velado, lo oculto y lo vergonzoso a la conciencia pública es una muestra clara de cómo el respeto humano ha de ser un claro pilar de nuestra civilización. La solidaridad por parte de la sociedad ha de ser decisiva, para que progrese en el camino de la correcta incriminación de unos delitos especialmente brutales, odiosos e inhumanos; que tan sólo deshonran (en la antigua terminología de nuestro cuerpo legal) a quienes los cometen.

I. EL ANTIGUO DELITO DE VIOLACION
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.
ESPECIAL CONSIDERACION DE LAS SENTENCIAS
DE 1 DE JUNIO DE 1981, 20 DE MAYO DE 1985
Y 7 DE NOVIEMBRE DE 1987

Para el Tribunal Supremo, violación ha sido yacer y yacimiento se entendía como trato carnal entre hombre y mujer. Luego la referencia a la conducta heterosexual en el tipo condicionaba que el yacimiento se refiriera a la penetración vaginal (1). Esta ha sido la interpretación unánime jurisprudencial, aunque, como veremos a continuación, no exenta de controversia. A este respecto, he elegido las tres sentencias del Alto Tribunal mencionadas anteriormente y, precisamente, éstas porque pienso que quizá ponían de manifiesto una cierta evolución en el pensamiento jurisprudencial.

La primera (STS 1-6-1981), parte de un completo confusionismo creado en los propios hechos declarados probados por la Audiencia, al no pormenorizar en tal relato cómo y de qué manera se lleva a cabo la agresión a la víctima utilizando tan sólo un lacónico «obligó», que a lo que obligó es a casar la sentencia y dictar otra mucho más benigna en cuanto a la pena, por entender el Tribunal Supremo que no se había cumplido el tipo de la violación real y que a lo sumo estábamos ante un supuesto de estupro de prevalimiento. Veremos a continuación cómo en esta ocasión, además de yacimiento propiamente dicho, según la antigua regulación, hubo penetración anal. La segunda sentencia (STS 20-5-1985) se pronuncia sobre una violación, en la que ejercí la acusación particular en representación de la víctima, y en la que el Tribunal Supremo aplicó la agravante de ensañamiento porque durante dos horas la víctima soportó un brutal

(1) Cfr., entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 2-8-1984, 15-7-1985, 25-2-1986, 26-9-1986, 3-11-1986, 24-11-1986, 8-6-1987, 7-3-1988, 10-5-1988 y 27-5-1988.

(2) Aquí omite la sentencia referirse en concreto a los actos libidinosos que consistieron precisamente en penetración anal y oral.

ataque sexual, que incluyó violación propiamente dicha y también penetración anal y oral. La última sentencia (STS 7-11-1987) es la que motiva la exposición al Gobierno.

Los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1981 establecen «que el procesado, R. V. O., cuando se hallaba bajo los efectos de una fuerte intoxicación etílica y de sustancias estupefacientes, sobre las 22 horas del día 28 de noviembre de 1979, se acercó, en compañía de un amigo, a un vehículo estacionado en C., en cuyo interior se encontraba la joven M. B. L., de diecisiete años de edad, acompañada de su novio J. L. I., de veinte años, e introduciéndose el procesado en el vehículo les conminó a que lo llevasen a la playa de P., a lo que accedieron. En el trayecto el procesado se proveyó de un destornillador de las herramientas del vehículo, lo que utilizó como instrumento amenazador, y así ordenó durante el camino al conductor que parase y que comprara tabaco en un bar cercano y, al regresar éste a los pocos minutos diciendo que estaba cerrado, aprovechó esta oportunidad M. para darse a la fuga, pero fue perseguida y obligada a regresar al coche. Al llegar a P., el procesado volvió a ordenar a J. que fuese a buscar tabaco, esta vez con el coche, y al quedar solos “obligó” a M. a subir a unas rocas apartadas, donde abusó de ella, introduciéndole el pene en la boca, en el ano y en la vagina, desflorándola; a continuación bajaron a la carretera donde fueron encontrados, y detenido el procesado por la Guardia Civil, alertada por J.».

La Audiencia consideró los hechos como constitutivos de un delito de violación del artículo 429.1 del Código Penal, concurriendo en la conducta del acusado la atenuante de embriaguez no habitual como muy calificada e impuso una pena de seis años y un día de prisión mayor. Interpuesto el correspondiente recurso por la defensa, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia y dictó otra por la que consideraba los hechos como constitutivos de un delito de estupro de prevalimiento del artículo 434.1 del Código Penal, aplicando la misma atenuante como muy calificada, e impuso una pena de seis meses de arresto mayor. En los Fundamentos de Derecho de la sentencia se establece «que sin que el *factum* delate una particular situación de riesgo o peligro inmediato para las personas del conductor y su novia... y, ciertamente que la noche, la soledad y la incierta y anormal situación creada facilitaron de hecho la acción del acusado con correlativa desventaja para la mujer... que no puede calificarse el gravísimo delito imputado... debe llevarse la conducta del acusado al campo de aplicación del párrafo primero del artículo 434 del Código Penal, en atención a que la persona agraviada es menor de dieciocho años...». En esta sentencia se pone de manifiesto cómo es del todo absolutamente necesario que los hechos probados establezcan con absoluta claridad y precisión la manera de llevarse a cabo la conducta típica. Aunque, en mi opinión la palabra «obligó» se podía

haber interpretado como sinónimo de fuerza o intimidación. Cuando te tienen que obligar a hacer algo, es obviamente porque no querías hacerlo. Pero hay además otra cuestión, y es que ni la Audiencia ni el Tribunal Supremo consideran dicha conducta constitutiva más que de un solo hecho delictivo (violación o estupro), cuando en los hechos probados sí se dice con absoluta claridad que además de yacimiento hubo penetración anal.

Los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1985 establecen «que entre las 4,30 y las 4,45 horas del 1 de agosto de 1981, J. A. G., de veinticuatro años, se dirigió a la calle C. para coger un autocar que la trasladaría a su lugar de trabajo como agente de taquilla del Metropolitano de Madrid. Tal autocar era habitualmente conducido por A. C. P. conocido de vista de la viajera. Cuando ésta se acercó al autocar, vio sentado en el asiento del conductor al que ha reconocido ser el procesado A. D. P., y extrañada le preguntó si no iba A., el conductor habitual, contestándole el proceso que iba él. Seguidamente ella subió al autocar y una vez dentro el procesado se arrojó sobre ella golpeándola, arrancándola la ropa, echándola después sobre los asientos traseros del autocar le oprimió el cuello con las manos y realizando el acto sexual completo, siguiendo después de realizado el acto carnal golpeándola y maltratándola durante unas dos horas, durante las que, teniéndola desnuda, continuó realizando actos libidinosos con ella (2), y golpeándola y maltratándola hasta que entre las 6,30 y 6,45 llegó A. C. P., al que se acercó J. A. G., y mientras éste la atendía el procesado aprovechó para huir. J. A. G. fue atendida en el Equipo Quirúrgico de Buenavista, donde le apreciaron “violación, desgarró profundo de vagina; intento de estrangulamiento, hematomas en diversas partes del cuerpo y epistaxis traumática”. El procesado ha sido condenado entre los años 1974 y 1980 a cuatro penas de arresto mayor y multa. J. A. G. sufrió una fuerte depresión nerviosa que impidió el tratamiento quirúrgico de sus lesiones y desgarró hasta el 17 de septiembre, tardando en curar otros catorce días».

La Audiencia consideró los hechos como constitutivos de un delito de violación del artículo 429.1 del Código Penal, concurriendo en la conducta del acusado las agravantes de ensañamiento, nocturnidad y reincidencia, imponiendo una pena de dieciocho años de reclusión menor. Interpuesto el correspondiente recurso para la defensa del acusado, el Tribunal Supremo confirmó en todos sus pronunciamientos la sentencia de primera instancia. La novedad que introduce esta sentencia es la aplicación de una agravante como el ensañamiento, que históricamente se había referido a los delitos contra la vida y la integridad personal. Evidentemente, como viví de cerca la tramitación y resolución de este asunto, tal planteamiento me consta surgió en el ánimo del juzgador como consecuencia del brutal ataque sexual que sufrió la víctima, ataque que como ya referí con anterioridad

incluyó, además de yacimiento, penetración anal y oral. Se planteó en aquella ocasión la necesidad de agravar (con el juego de las agravantes genéricas) la violación clásica como yacimiento, porque habían concurrido las hoy nuevas manifestaciones de la conducta típica (penetración anal y oral), que el Tribunal no quiso penar por separado, como debería haber hecho en una correcta incriminación. Me constan todas las críticas que se pueden hacer a la aplicación de la agravante de ensañamiento, respecto de la lesión del bien jurídico protegido libertad sexual, pero aun a riesgo de inexactitud técnica, esta sentencia supuso evidentemente, en mi opinión, un paso adelante. Aun utilizando la vía de la agravación que no era la correcta, sino la de su incriminación independiente.

Los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1987 establecen «que sobre las 0,20 horas del día 22 de julio de 1985, el procesado J. M. B., de veinte años de edad y sin antecedentes penales, abordó a I. L. H., de veinticinco años de edad, cuando ésta se introducía en el ascensor del inmueble donde vivía, tras haberle facilitado el acceso, al llamar aquél con los nudillos en el portal de entrada y creer ella que se trataba de un vecino, y una vez dentro del ascensor el procesado, que había pulsado un piso más elevado del que había pulsado la víctima, le conminó con una navaja a que la entregara el dinero que llevaba, consiguiendo apoderarse de 2.900 pesetas. A continuación y por espacio de unos veinte minutos, durante los cuales mantuvo el ascensor en movimiento de ascenso y descenso, y siempre bajo el amedrantamiento de la navaja, le hizo poner de rodillas, obligándole a chuparle el pene, y, rompiéndole con la navaja las bragas, le introdujo el miembro viril por el ano, estando ella agachada. A continuación, y al descender el ascensor a la planta baja por haberlo llamado un vecino, el procesado se dio a la fuga, perseguido por éste, a quien la ofendida alertó, siendo detenido por un funcionario de policía, habiéndose recuperado lo sustraído. La ofendida sufre un cuadro de reacción psicótica depresiva consecutivo a la agresión sexual sufrida que comporta la imposibilidad de disfrutar de los placeres de la vida cotidiana, insomnio, estado de ánimo totalmente deprimido, escaso rendimiento en el trabajo y temores a salir de casa y a coger el ascensor, necesitando tratamiento médico y psicoterapia de apoyo por tiempo no determinado. El procesado sufre una neurosis obsesiva de características fuertemente psicopáticas, con el resultado de un comportamiento antisocial, llevándole a una perturbación, siquiera no grave, de la mente en relación con los hechos de matiz sexual».

La Audiencia consideró los hechos como constitutivos de un delito de abusos deshonestos previsto y penado en el artículo 430 del Código Penal, concurriendo en la conducta del acusado las circunstancias modificativas de agravante de abuso de superioridad y atenuante de enajenación mental incompleta, a la pena de tres años de

prisión menor. Interpuesto recurso de casación por la representación de la acusación particular por infracción de ley por inaplicación del artículo 429.1 del Código Penal, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, «acordando elevar al Gobierno de la Nación Exposición Motivada en orden a la promoción, si lo estima oportuno, de un Proyecto de Ley que parifique punitivamente el yacimiento natural con mujer producido contra o sin su voluntad, con los obtenidos en las mismas condiciones con personas de cualquier sexo».

Tal Exposición Motivada establecía lo siguiente:

«Excmo. Sr.:

Haciendo uso de lo prevenido en el artículo 2, apartado primero, del Código Penal, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene el honor de exponer a V.E. lo siguiente:

1. El respeto total e incondicionado al principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de nuestra Constitución, de larga, fecunda y firme tradición en España y en los países de nuestro entorno jurídico y cultural, obliga a considerar a la ley como única fuente del Derecho penal y, por consiguiente, a no realizar interpretaciones contrarias a su texto, mucho menos cuando el hacerlo pudiera suponer un desfavorecimiento del inculpado.

2. No son infrecuentes los supuestos en los que han de enjuiciarse conductas que a la luz del texto legal han de calificarse inequívocamente de abusos deshonestos del artículo 430 del Código Penal y no de violación del artículo 429 del mismo texto legal a pesar de las gravísimas consecuencias de toda índole que tales hechos conllevan. Nos referimos principalmente al coito anal, que a pesar de sus connotaciones se viene considerando, tanto el heterosexual como el homosexual, como delito de abusos deshonestos en los términos acabados de indicar tipificados en el artículo 430.

3. La realidad social conformadora de la interpretación de las normas jurídicas, conforme el artículo 3.1 del Código civil, que tiene vocación generalizadora y *cuasi* constitucional y que alcanza en el campo penal una inferior proyección por cuanto acaba de indicarse, creemos que puede y debe servir también para intentar construir un sistema jurídico armónico y homogéneo, lo más próximo posible a las legítimas y generalizadoras inquietudes y exigencias de la Comunidad a la que sirve y a un principio de equilibrio en cuanto a los valores o bienes jurídicos protegidos y las penas a ellos asociadas.

4. La invasión sexual a través del coito en sus varias manifestaciones de una mujer o de un hombre, mediante la intimidación o la fuerza, acarrea unas consecuencias muy graves, de tipo físico a veces y, sobre todo, psíquico, como lo son las profundas depresiones y obsesiones que en ocasiones limitan o impiden una vida normal durante largo tiempo, a veces indefinido, según la edad y circunstancias del agraviado, y hasta incluso reacciones patológicas permanentes dentro de la personalidad de la víctima referida al sexo.

5. Esta situación, Excmo. Sr., viene proyectándose a mujeres y hombres. La propia terminología aceptada y asumida por el común

de las gentes se refiere a las violaciones como sinónimo de práctica sexual vaginal y anal, e incluso acaso de forma más distante bucal, y en este sentido los medios de comunicación ofrecen constantes ejemplos en orden a la gravísima situación de jóvenes internos en establecimientos penitenciarios y a los jóvenes en general de uno y otro sexo, que son objeto de prácticas como las que acaban de indicarse, son estigmas profundos, a veces irreversibles en cuanto gravísimo atentado a algo tan elemental y primario como lo es la libertad.

6. La diferencia punitiva entre la violación que lleva aparejada la pena de reclusión menor y los abusos deshonestos violentos que tienen asociada la de prisión menor, no parece que tenga suficiente justificación en estos casos.

7. La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal que con una Introducción de V. E. se publicó en 1983, distingue con acierto el yacimiento con una mujer usando fuerza o intimidación o con mujer menor de doce años al que incorpora la pena de prisión de seis a doce años (art. 169.1 y 2); el yacimiento con una mujer privada de sentido o abusando de su enajenación, si no concurren las anteriores circunstancias, con prisión de cinco a diez años (art. 170); el acceso carnal con cualquier persona no previsto en los artículos anteriores, concurriendo alguna de las circunstancias en ellos señaladas, con prisión de cuatro a ocho años (art. 171), y, finalmente, al abuso sexual de cualquier persona, concurriendo alguna de las circunstancias expresadas en los artículos anteriores, en los que se impone la pena de prisión de seis meses a tres años, sin que como se deduce de lo expuesto contemple tampoco la situación que ahora se expone y eleva a la alta consideración de V. E. El problema queda, pues, a juicio de esta Sala, en esta importante Propuesta de Anteproyecto, sin resolver.

8. La doctrina científica aporta como siempre consideraciones de interés. Sin propósitos exhaustivos podemos citar, entre otras, las siguientes:

Bustos Ramírez estima que el sujeto activo de la violación sólo puede ser el hombre, ya que se exige el yacimiento que implica la realización del coito, y sujeto pasivo sólo puede ser la mujer. Ciertamente, dice se trata de una restricción discriminatoria, pues no se ve la razón para que la violación entendida como yacimiento no pudiera tener como sujeto activo a una mujer y como sujeto pasivo a un hombre. Tampoco se ve la razón para restringir la violación al yacimiento como coito y lo lógico sería extenderla a todo tipo de relación sexual semejante a la del coito heterosexual. El comportamiento implica una actividad heterosexual anal (*Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, pág. 134 y ss. Cfr. Carmona 1982, pág. 4 y ss., González Rus, pág. 338 y ss., citados por Bustos, que con razón critica esta restricción).

Luzón (*Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 1987, pág. 81) señala como elemento negativo del delito de abusos deshonestos que si el sujeto activo es el hombre y el pasivo la mujer, no haya ánimo de realizar el coito vaginal. El anal, dice, tanto homosexual como heterosexual, constituye este delito.

Rodríguez Ramos estima que la conducta en el delito de violación está expresada en el verbo "yacer", término equívoco que, sin embar-

go, es unánimemente interpretado como cópula o conjunción carnal (*Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, 1987, pág. 176).

Rodríguez Devesa estima que no pueden ser víctimas de este delito de violación los varones. En esto, dice la ley es terminante (*Derecho penal español. Parte Especial*, 1987, con la colaboración de Alfonso Serrano Gómez, pág. 177).

Desde el punto de vista jurisprudencial, la doctrina es uniforme y constante y no parece que hubiera otro camino dado el contenido del texto legal. Ni el ensanchamiento era ni es posible, porque vulneraría el principio de legalidad, ni tampoco cabía hacerlo en relación con las mujeres, porque hubiera representado un quebrantamiento del principio de igualdad. No caben en este punto interpretaciones correctoras en perjuicio del reo.

Esta Exposición no pretende otra cosa, Excmo. Sr., que llamar la atención del Gobierno sobre un problema que preocupa a la Sala por el número relativamente frecuente de casos de las circunstancias apuntadas y por las consecuencias especialmente graves, sociales e individuales, que estos hechos producen. La realidad social y lo que parece que son inquietudes y exigencias legítimas comunitarias se inclinan por una modificación legislativa en este sentido.

Todos los delitos que se cobijan en este Título son vulneraciones graves a la libertad sexual, salvo excepciones cualificadas, y, por consiguiente, parece oportuno que en su protección y punición se tengan en cuenta los efectos que cada uno de ellos produce.

Acaso fuera oportuno configurar dos modalidades delictivas: abusos graves a la libertad sexual, en la que se comprenderían las actuales violaciones de mujer por un hombre, que muy probablemente sigue conservando específicas connotaciones; el coito anal producido con víctima hombre o mujer, y aquellas otras agresiones brutales, como la introducción en vagina o ano de cualquier objeto capaz de provocar no sólo lesiones físicas muy graves, sino también gravísimas afecciones psíquicas como la Sala ha tenido oportunidad de conocer, hechos que se penarían (con efectividad superior a la actual) con prisión de ocho a diez años, por ejemplo.

Abusos menos graves que lo serían todos los demás (salvo los tipificados como faltas), que serían castigados con prisión de cinco a siete años, por ejemplo.

Por consiguiente, si existe desde el punto de vista social y en orden a sus efectos principales una evidente analogía, sino casi identidad en el hecho de unas y otras penetraciones violentas (y en este sentido puede citarse la opinión de Cobo del Rosal, Ferrer Sama, etc., además de los criterios ya citados, entre otros muchos), aunque no haya en sentido propio yacimiento o acceso carnal en su acepción más restringida, parece oportuno, y esto es lo que en definitiva eleva la Sala a la superior consideración de V. E., que se reflexione si los argumentos que hemos utilizado son válidos sobre oportunidad de llevar a cabo por vía legal, que no es otra que la de la ley orgánica, la correspondiente reforma para parificar en la pena este tipo de agresiones brutales y de extraordinaria gravedad para las víctimas y la propia sociedad, con secuelas físicas, psíquicas y morales de incalculable trascendencia.

distinguiéndolas de otro tipo de abusos o ataques a la libertad sexual que ofrecen sin duda un inferior rango y significación.

Como es bien conocido, el propósito de V. E. de preparar la presentación de un estudio definitivo de nuevo Código Penal de manera más o menos inmediata, la Sala, con esta Exposición y con cuantos problemas análogos se presenten ante ella, pretende contribuir dentro de sus posibilidades a ofrecer a V. E. a través del artículo 2 del Código Penal estas expresiones de su inquietud frente a problemas penales que al ser contemplados bajo el prisma judicial alcanzan a veces unas dimensiones y perfiles muy específicos.

Madrid, a 2 de noviembre de 1987.—Fdo.: Enrique Ruiz Vadillo.»

II. EL ANTIGUO DELITO DE VIOLACION PARA LA DOCTRINA CIENTIFICA. NUEVAS MANIFESTACIONES DE LA CONDUCTA TIPICA

No pretendo en este apartado hacer una detallada exposición doctrinal sobre la ya antigua figura de la violación en nuestro Derecho Penal y ello por dos motivos: el primero, porque hay excelentes trabajos y monografías sobre el tema (3), y el segundo, porque tampoco es el objeto del presente estudio tal exposición, sino un análisis divulgativo de la actual situación.

La Doctrina se ha mantenido casi unánime en cuanto a la interpretación de yacimiento como penetración vaginal, interpretación condicionada, como hemos dicho, por el propio tipo penal (4). Algún autor se ha pronunciado por una interpretación amplia del término yacimiento, como sinónimo de acceso carnal, lo cual no parece de todo punto acertado, máxime cuando el propio legislador ha empleado distinta terminología para referirse a uno (art. 429) u otro tipo penal (arts. 434 y 435) (5).

(3) Vid., entre otros, GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código penal español*, Granada 1982, y *El bien jurídico protegido en el delito de violación*, Salamanca 1982; ORTS BERENGUER, *El delito de violación*, Valencia 1981; Díez RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, Barcelona 1985, y *El Derecho penal ante el sexo*, Barcelona 1981; SAINZ CANTERO, *La reforma del Derecho penal sexual*, «ADPCP», 1978; CASAS NOMBELA, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en la PANCP*, «Revista Complutense», núm. 6, monográfico, Madrid 1983; GIMBERNAT ORDEIG, *La mujer y el Código penal español y Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español*, «Estudios de Derecho penal», Civitas monografías, Madrid 1976; CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch, 1981.

(4) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 7.^a ed., Valencia 1988, quien afirma que «tanto del sentido literal del término "yacer", como de la referencia expresa al sujeto pasivo femenino, se deduce que el coito ha de ser heterosexual vaginal, quedando excluido del ámbito de la violación el coito anal».

(5) Vid. COBO DEL ROSAL, *La supresión del artículo 428 del Código penal de 1944 por el texto revisado de 1963*, «ADPCP», 1964, pp. 67 y ss., y GONZÁLEZ RUS, *ob. cit.*, «La violación...», p. 338, quien refiriéndose al coito vaginal y anal afirma que «son cavidades naturales en las que la penetración se produce de forma similar».

Muchos eran los problemas dignos de consideración que planteaba la antigua regulación de la violación. Para empezar el relativo a los sujetos de tal delito. Activo el hombre, pasivo la mujer, con todas las críticas que pudieran y debieran hacerse desde una perspectiva de «lege ferenda», pues ningún argumento podía resultar convincente para mantener tal discriminación que viola flagrantemente el artículo 14 de nuestra Constitución (6). En cuanto a la conducta típica, en la antigua redacción del artículo 429 sólo tenía cabida el coito vaginal heterosexual, aunque tal interpretación no hacía más que poner de manifiesto las incongruencias que se derivaban de no incluir el coito anal hetero y homosexual en el tipo de violación y sí, por ejemplo, en el de estupro.

La Doctrina se encuentra, sin embargo, dividida en cuánto al tipo de incriminación del acceso carnal heterosexual u homosexual, bien considerándolo una manifestación de la conducta típica, y como tal tipificándola y penándola como la violación clásica (7), bien como tipo intermedio entre la violación y el abuso deshonesto, con una pena también intermedia (8). Como veremos a continuación y con las salvedades que se apuntarán, tal es la postura mantenida por el Proyecto del 80 y la Propuesta del 83.

Se rechaza, sin embargo, por la Doctrina la ampliación de la violación hasta el coito oral por sus diferencias materiales y valorativas respecto del coito vaginal y anal y para obviar la imposibilidad de delimitar la violación y los abusos deshonestos como consecuencia de ampliar sin límite las manifestaciones de aquélla (9). Además se opina que tal supuesto es más una hipótesis de masturbación que de penetración sexual propiamente dicha (10).

(6) Vid. Díez RIPOLLÉS, *ob. cit.*, «La protección...», pp. 36-37.

(7) Vid. en tal sentido, entre otros, GONZÁLEZ RUS, *ob. cit.*, «La violación...», pp. 310 y ss.; SAINZ CANTERO, *ob. cit.*, p. 257; CARMONA SALGADO, *ob. cit.*, p. 98; CASAS NOMBELA, *ob. cit.*, pp. 220 y ss., y Díez RIPOLLÉS, *ob. cit.*; «La protección de la libertad sexual», p. 43, quien afirma, «comparto las tesis que propugnan equiparar de "lege ferenda" el coito anal al vaginal. A las razones ya mencionadas añadiría que tal coito es el que en las relaciones homosexuales equivale en significado al coito vaginal en las heterosexuales».

(8) Vid. ORTS BERENGUER, *ob. cit.*, p. 103, quien mantiene tal posición intermedia afirmando que el coito vaginal comporta unos mayores efectos, siendo principal tal manifestación de la sexualidad.

(9) Así argumenta Díez RIPOLLÉS, *ob. cit.*, «La protección...», p. 43, y muy recientemente VALENCIA, *El caso de la «fellatio in ore» como materia de un delito sexual*, «Derecho penal y criminología», núm. 37, 1989, p. 123, quien hablando del «coito bucal» dice: «El agente no realiza, desde el punto de vista naturalístico ni penal, un acto de penetración carnal, ya que la boca no está destinada, fisiológicamente hablando, a la recepción del pene ni a originar un acomplamiento anatómico.»

(10) Cfr. CARMONA SALGADO, *ob. cit.*, p. 93, y GONZÁLEZ RUS, *ob. cit.*, p. 339. En la Doctrina extranjera, cfr. MAGGIORE, *Derecho penal, Parte Especial*, Vol. IV, Bogotá 1955, p. 60.

III. EL DELITO DE VIOLACION EN EL PROYECTO DE 1980 Y EN LA PROPUESTA DE 1983

PROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL DE 1980

LIBRO II. TITULO III. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Capítulo I

De la violación y de los abusos deshonestos violentos

Artículo 200.—Será castigado con la pena de prisión de seis a doce años el que yaciere con una mujer usando fuerza o intimidación.

Artículo 201.—Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años el que, no concurriendo las circunstancias expresadas en el artículo anterior, yaciere con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando la mujer se hallare privada de sentido o abusando de su enajenación, y

2.º cuando fuera menor de doce años cumplidos.

Artículo 202.—El que tuviere otra clase de acceso carnal con cualquier persona, concurriendo alguna de las circunstancias de los artículos precedentes, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Artículo 203.—El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, atendida la gravedad del abuso o las circunstancias del hecho y del ofendido.

ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL DE 1983

LIBRO II. TITULO VI. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

Capítulo I

De la violación y de los abusos sexuales violentos

Artículo 169.—1.—Será castigado con la pena de prisión de seis a doce años el que yaciere con una mujer usando fuerza o intimidación. 2.—Con la misma pena será castigado el que yaciere con mujer menor de doce años.

Artículo 170.—Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años el que no concurriendo las circunstancias expresadas en el artículo anterior, yaciere con una mujer cuando ésta se hallare privada de sentido o abusando de su enajenación.

Artículo 171.—El que tuviere otra clase de acceso carnal con cualquier persona no previsto por los artículos anteriores, y concurriendo

alguna de las circunstancias por ellos señaladas, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Artículo 172.—El que abusare sexualmente de cualquier persona, concurriendo alguna de las circunstancias expresadas en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, atendida la gravedad del abuso o las circunstancias del hecho y del ofendido.

En primer lugar y como punto de partida, la valoración global que debe hacerse de ambos es positiva. Sobre todo porque se está intentando proteger por encima de todo la libertad sexual y además porque el legislador de ambos se plantea la incriminación de conductas heterosexuales y homosexuales desde un mismo plano y porque también se presta atención a nuevas manifestaciones de la conducta típica de violación, como es la penetración anal.

Aunque ésta es la cuestión central del presente estudio, sin embargo, no quiero dejar pasar el momento sin comentar el supuesto de violación de mujer menor de doce años, que el Proyecto del 80 y la Propuesta del 83 tipifican de distinta manera.

Efectivamente, para el legislador del 80, la violación real del artículo 200 es la más grave. A continuación y en el artículo 201 se tipifican conjuntamente las dos hipótesis de violación presunta (mujer privada de sentido o enajenada y menor de doce años), con pena menor que la que se impone según el artículo 200.

Sin embargo, para el legislador de la Propuesta del 83, se tipifican en un mismo artículo, el 169, la violación real y la de menor de doce años, siendo el artículo 170 el que regula el yacimiento con mujer privada de sentido o enajenada.

En mi opinión es más acertada la posición de la Propuesta, puesto que los yacimientos con menores de doce años son experiencias traumatizantes para el normal desarrollo de la personalidad y de la auto-determinación sexual, en base a la dependencia psíquica del menor respecto del mundo adulto y a su inmadurez afectiva, por lo que deben contenerse dentro del tipo más grave de la violación. Por ello se añade en la Propuesta del 83 a la rúbrica y junto a la libertad sexual, la indemnidad sexual. También acierta la Propuesta cuando cambia la rúbrica del Capítulo I, convirtiendo los abusos «deshonestos» de Proyecto, en abusos sexuales, y ello para adecuar obviamente las rúbricas del Título y del Capítulo. Aunque la palabra «violentos», en mi opinión no es del todo adecuada en relación con las hipótesis de los abusos sexuales, ya que éstos, según el tipo penal, han de realizarse con las circunstancias de la violación. Y en ésta hay tres subtipos, uno de violación real (arts. 200 y 169.1 del Proyecto y Propuesta, respectivamente), que es la genuina violenta, y dos de violación presunta; es decir, sin intervención de fuerza o intimidación (arts. 201 y 169.2 y 170 del Proyecto y Propuesta, respectivamente).

La cuestión ha de centrarse, sin embargo, en los tipos que contienen los artículos 202 del Proyecto del 80 y 171 de la Propuesta del 83. Dichos artículos contemplan el tipo intermedio (penetración anal heterosexual y homosexual). Diversos autores opinan, sin embargo, que la «violación» heterosexual y homosexual deberían tener la misma consideración en cuanto a tipo y pena (11).

En mi opinión, creo más acertado y mejor técnicamente distinguir el yacimiento heterosexual vaginal del acceso carnal anal heterosexual y homosexual, porque aunque esta opinión se enfrente a la grave objeción que suponen los accesos carnales homosexuales con menores, el «yacimiento» siempre comporta el riesgo de un posible embarazo, y esto es algo que le importa al legislador y prueba de ello es la indicación ética que exime de responsabilidad a la mujer que lleva a cabo un aborto, cuando su embarazo es como consecuencia de violación.

IV. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA DE ACTUALIZACION DEL CODIGO PENAL. TIPOS Y SUBTIPOS DEL DELITO DE VIOLACION. INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL AL ANTEPROYECTO. EL PROYECTO DE LEY ORGANICA Y LA DESAPARICION DE LOS SUBTIPOS

En su Exposición de Motivos, la Comisión explicaba que «cumpliendo recomendaciones de los tribunales, se modifica el delito de violación a fin de dar la adecuada respuesta a determinados accesos carnales violentos, cuya simple punición como abusos deshonestos resulta claramente insuficiente».

Como consecuencia, el texto del Anteproyecto contenía la siguiente redacción:

ARTICULO SEXTO

El Capítulo I del Título IX del Libro II del Código Penal queda redactado como sigue:

Capítulo I

De la violación y de los abusos sexuales

Artículo 429.—Será castigado con la pena de reclusión menor el que yaciere con una mujer usando fuerza o intimidación.

(11) Vid., por todos, CASAS NOMBELA, *ob. cit.*, pp. 220 y 221, quien hace una muy detallada exposición del problema.

Con la misma pena será castigado el que yaciere con mujer menor de doce años.

Artículo 430.—Será castigado con la pena de prisión mayor en sus grados medio a máximo el que, no concurriendo las circunstancias expresadas en el artículo anterior, yaciere con una mujer cuando ésta se hallare privada de sentido o abusando de su enajenación.

Artículo 430 bis.—El que tuviere acceso carnal con cualquier persona, no previsto en los artículos anteriores, y concurriendo algunas de las circunstancias por ellos señaladas, será castigado con la pena de prisión mayor.

Artículo 430 bis a).—El que abusare sexualmente de cualquier persona, concurriendo alguna de las circunstancias previstas en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión menor.

Como se vé, en el Anteproyecto se siguió la técnica empleada por el legislador del Proyecto del 80 y de la Propuesta del 83, creando un tipo intermedio (430 bis), para la hipótesis de la penetración anal.

El texto inicial fue pasado a Informe por parte del Consejo General del Poder Judicial, informe que se pronunció en el siguiente sentido:

«De conformidad con su contenido y por coherencia con la modificación que se introduce en la rúbrica de su Capítulo I, la rúbrica del Título IX del Libro II del Código Penal debería ser “De los delitos contra la libertad sexual”.

El Capítulo I del Título IX del Libro II del Código Penal que trata “De la violación y de los abusos sexuales”, también presenta algunas modificaciones de consideración. En el artículo 429 se castiga la violación de una mujer usando fuerza o intimidación o cuando fuere menor de doce años; pero el otro supuesto tradicionalmente comprendido en el precepto, el yacer con una mujer cuando se hallare privada de sentido abusando de su enajenación, ha pasado a integrar una figura de penalidad atenuada en el artículo 430. No obstante, parece aconsejable introducir una matización en este ámbito e incluir el caso en que el agente hubiera provocado la privación de sentido de la víctima dentro de la penalidad grave del artículo 429.

El nuevo artículo 430 bis, que se refiere al que tuviere con cualquier persona otro tipo de acceso carnal, requiere algunas precisiones. La palabra tipo que emplea el precepto tiene un significado técnico-jurídico muy concreto en Derecho penal, por lo que puede resultar equívoca; se debería sustituir por algún sinónimo como “forma”, “clase”... La redacción no es excesivamente concreta y puede suscitar dudas en orden a si se refiere sólo a la penetración anal o puede abarcar otros supuestos de acceso carnal.

Tanto el mencionado artículo 430 bis, como el artículo 430 bis a), que regula los abusos sexuales, se definen con referencia a las circunstancias que han de concurrir en la violación conforme a los artículos 429 y 430, pero no aplican la diferenciación de penalidad que se establece en estos últimos, lo cual puede entrañar una contradicción. Se propugna, pues, que se instaure una penalidad atenuada cuando

el acceso carnal del artículo 430 bis o los abusos deshonestos del artículo 430 bis a) se efectuasen en una persona privada de sentido o abusando de su enajenación, siempre que la privación de sentido no hubiera sido provocada por el sujeto activo del delito.»

Véase en relación con el texto del Anteproyecto, cómo se tuvo en cuenta la indicación del Consejo sobre la redacción inicial del 430 bis, que contenía al principio la expresión «el que tuviere otro tipo de acceso carnal». Quizá la decisión de suprimir completamente tal referencia ha desembocado en una redacción poco afortunada. En mi opinión, podría haber quedado como sigue: «Cualquier otro acceso carnal con persona de uno u otro sexo...»

No se tuvo en cuenta, sin embargo, la observación plenamente acertada en relación con el desglose del tipo de violación clásica (art. 429 antiguo) en los propuestos 429 (con fuerza o intimidación o de mujer menor de doce años) o 430 (violación de mujer privada de sentido o abusando de su enajenación), con sus correspondientes penas, más grave en la primera hipótesis que en la segunda, para reflejarlo cuando pasamos al tipo del 430 bis, que se refiere al acceso carnal, pienso, como sinónimo de penetración anal. Pues bien, esta diferencia en cuanto a la gravedad y duración de la pena que ha importado al legislador para desglosar en tipo (429 y 430) y pena (reclusión menor y prisión mayor), ha de importarle también, si quiere ser congruente consigo mismo cuando salta al tipo siguiente (430 bis).

Evidentemente se ha de distinguir en el 430 bis lo que se distinguió con anterioridad en los 429 y 430. En mi opinión, el 430 bis debería contemplar en su redacción cualquier otro acceso carnal con persona de uno u otro sexo, no previsto en los artículos anteriores, pero realizado con alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 429, y referirse a continuación al supuesto del artículo 430, a no ser que la privación de sentido haya sido provocada por el sujeto activo.

Es éste un momento que no puedo dejar pasar sin referirme críticamente a las penas que se prevenían y que se prevén tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/89 para este delito.

En primer lugar, la pena de la violación que se contiene actualmente en el Código Penal de reclusión menor es, a todas luces, desproporcionada, y ya se ha dicho muchas veces porqué. Vida y libertad sexual son dos bienes jurídicos protegidos distintos. El primero es el más importante sin discusión, y si el homicidio tiene en nuestro Código asignada una pena de reclusión menor, difícilmente se puede entender cómo la violación está castigada con esa misma pena. Porque «in extremis», al violador le va a compensar matar a su víctima para que no le denuncie.

Luego, aunque en este preciso momento social y político, es decir, por razones de política criminal, no «convenga» rebajar la pena de

la violación (decisión que se toma tanto en el Proyecto del 80 como en la Propuesta del 83), la crítica queda hecha.

Por lo que se refiere al artículo 429, éste habría de contemplar el yacimiento con una mujer usando fuerza o intimidación o con mujer menor de doce años con su correspondiente pena. A continuación se contemplaría tal yacimiento con una mujer abusando de su enajenación o cuando se hallare privada de sentido en artículo o apartado independiente, con pena inferior a la prevista para las dos primeras hipótesis, teniendo en cuenta además e incluyéndolo dentro del precepto, la posibilidad de que la privación de sentido haya sido provocada por el sujeto activo.

El artículo 430 bis del Anteproyecto, hoy desaparecido de la ley, contemplaría la penetración anal, debiendo contener esa misma estructura, distinguiendo si tal acceso carnal se consigue empleando fuerza o intimidación o con persona menor de doce años, o si lo es abusando de su enajenación o porque la persona se hallare privada de sentido, con la misma salvedad apuntada para el tipo de la violación, a saber, que la privación de sentido haya sido provocada por el sujeto activo.

Este tesis que mantengo para la correcta tipificación del acceso carnal, vía artículo 430 bis del Anteproyecto, se habría de mantener igualmente respecto del tipo de los abusos sexuales del correspondiente 430 bis a) del Anteproyecto, para el que propongo también la misma estructura en el tipo, con la salvedad tantas veces apuntada respecto de la privación de sentido provocada.

He analizado con anterioridad el texto del Anteproyecto, proponiendo ciertas modificaciones en conjunto del delito de violación y de abusos sexuales. La propuesta, en síntesis, es contar con tres tipos para la correcta incriminación de estas figuras delictivas.

En primer lugar, la violación propiamente dicha, como sinónimo de yacimiento vaginal heterosexual, como conducta más grave; en segundo lugar, el acceso carnal, en mi opinión como penetración anal heterosexual y homosexual como tipo intermedio, y, por último, los abusos sexuales que incluirían desde la penetración oral a la manipulación vaginal o anal con objetos, hasta cualquier otro abuso sexual imaginable, como tocamientos...

Pues bien, el texto del Anteproyecto, con los tres tipos de violación, acceso y abuso, ha desaparecido sin más del Proyecto, provocando las más variadas y airadas críticas desde los más diversos sectores de la sociedad, dando lugar a que el Grupo Parlamentario Socialista del Senado haya presentado diversas enmiendas al Proyecto, añadiendo al tipo originario de la violación las hipótesis de penetración anal y oral. Por supuesto, no puedo estar de acuerdo con semejante opinión, porque ya he argumentado suficientemente la mía, que es contraria a la que se mantiene desde el Senado.

V. LA LEY ORGANICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO,
DE ACTUALIZACION DEL CODIGO PENAL

En el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989 (12) se establece: «La necesidad de una reforma de los llamados delitos “contra la honestidad” del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad. Una primera modificación se impone: respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión “honestidad” por “libertad sexual”, ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado. La modificación introducida en el Capítulo I del Título IX del Libro II supone incluir en el delito de violación, además del coito vaginal, el rectal y bucal; asimismo, con la nueva redacción, los sujetos pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres. De esta forma se pretende que el tipo penal responda a la realidad de la dinámica delictiva actual. Por otra parte, la modificación propugnada no alcanzaría plenamente su finalidad si, en coherencia con todo lo anterior, no se modificara también el Capítulo VIII del Título VII.»

En los artículos 17 y 18 se contiene la materia objeto de este trabajo, regulándose de la siguiente manera:

«Artículo 17.—Las rúbricas del Título IX del Libro II del Código Penal y del Capítulo I de dicho Título, serán, respectivamente: “De los delitos contra la libertad sexual” y “De la violación y de las agresiones sexuales.”

Artículo 18.—Los artículos del Código Penal que a continuación se citan quedan redactados como sigue:

Artículo 429.—La violación será castigada con la pena de reclusión menor.

Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:

- 1.—Cuando se usare fuerza o intimidación.
- 2.—Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.
- 3.—Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

Artículo 430.—Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.

(12) Cfr. *BOE* núm. 148 de 22 de junio de 1989, pp. 19351 y ss.

Artículo 436.—Se impondrá la pena de multa de 30.000 a 300.000 pesetas al que cometiere cualquier agresión sexual, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos artículos precedentes.

Artículo 443.—Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal cuando se tratare de menores o incapaces.

En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase.

Artículo 446.—Los comprendidos en el artículo precedente y cualesquiera otros reos de corrupción de menores en interés de tercero serán condenados también a la interdicción del derecho de tutela. Cuando la Autoridad Gubernativa tuviere conocimiento de la existencia de un menor de edad que se hallare en estado de prostitución o corrupción, sea o no por su voluntad, pero con anuencia de las personas que sobre él ejercieran autoridad familiar o ético-social o de hecho, o careciere de ellas, o éstas le tuvieren en abandono y no se encargaren de su custodia, lo comunicará de inmediato a la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores y al Ministerio Fiscal, para que actúen de conformidad con sus respectivas responsabilidades.»

Como se ha visto, la ley cambia las rúbricas del Título IX y Capítulo I del Código Penal, estableciendo como bien jurídico protegido la «libertad sexual», libertad sexual que protege en su Capítulo I, de la violación y de las agresiones sexuales. La expresión «agresiones sexuales» sustituye a la primitiva del Anteproyecto de Ley Orgánica, «abusos sexuales», expresión que contempló ya la Propuesta del 83. En mi opinión era preferible la expresión «abusos sexuales», ya que agresiones es un término que pone de manifiesto una conducta violenta, luego significa lo mismo que significaba «abusos sexuales violentos» en la Propuesta del 83. Debería haberse conservado la expresión del texto del Anteproyecto de Ley Orgánica «abusos sexuales». Y ello porque el actual artículo 430 se está refiriendo, en relación con la conducta típica, a la «realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo (429) expresadas». Ya me referí anteriormente a esta cuestión, pero no está de más insistir en que el artículo 429, regulador de la violación, contiene un subtipo real (429.1), «cuando se usare fuerza o intimidación», pero también dos subtipos más de violación presunta (429, 2.º y 3.º), «cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación» o «cuando fuere menor de doce años cumplidos».

La Ley Orgánica 3/1989 contempla en su artículo 17 la nueva redacción del artículo 429, artículo que ha excedido con mucho las expectativas que había suscitado su nueva regulación.

En mi opinión, la redacción del actual artículo 429 del Código Penal es imperfecta por varios motivos. El primero de ellos, porque

el legislador ha decidido mantener los tres subtipos del delito en un mismo artículo con una misma pena. Anteriormente me mostré partidaria del desglose en dos artículos, uno que contemplara la violación real y la presunta de menor de doce años y otro que contuviera la violación de la persona privada de sentido o abusando de su enajenación, debiéndose tener también en cuenta si tal privación de sentido hubiera sido provocada por el sujeto activo. En segundo lugar, tampoco puedo estar de acuerdo con que se mantenga la pena de reclusión menor para el delito de violación, aunque supongo que se ha mantenido tal pena porque una vez más nos enfrentamos a un nuevo «parcheo» del Código Penal, sin que de verdad se afronte un nuevo texto legal. De cualquier manera, me muestro partidaria tanto de la dosimetría como de la estructura que se planteaba desde la PANCP, ya en el año 1983.

Además, el actual artículo 429 del Código Penal contempla en su dinámica comisiva «el acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal». Independientemente de la defectuosa técnica legislativa empleada (13), se han equiparado en tipo y pena conductas que en mi opinión tienen cierta graduación delictiva. Y si ya me mostré partidaria del tipo intermedio entre la violación y el abuso sexual, consistente en la penetración anal, igualmente me he de mostrar contraria a que se contemple en el mismo tipo penal el yacimiento y la penetración o acceso oral o bucal. Desde luego por entender que tal conducta se corresponde más con el tipo del abuso sexual que con el de la violación, pero también por intuir que tal tipificación lo va a hacer prácticamente inoperante, por lo que va a resultar des-criminalizada tal manifestación de la conducta típica del delito de violación. Si ha sido una opinión doctrinal conocida, la crítica sistemática a la pena gravísima de la violación, y si también nos consta la tremenda prudencia que aqueja al intérprete de la ley, cuando se trata de la imposición de penas largas privativas de libertad, evidentemente tendremos que esperar a ver cuál sea la aplicación que hagan los tribunales de este precepto, pero me cuesta pensar que una penetración bucal o un acceso carnal oral se vaya a castigar con una pena de doce años y un día a veinte años de duración.

Por lo que se refiere a la conducta típica, el artículo 429 contiene las siguientes manifestaciones: en primer lugar y en cuanto a las relaciones heterosexuales, tanto el yacimiento vaginal como el acceso carnal anal y oral; contemplando las relaciones homosexuales masculinas, se contienen tanto el acceso carnal anal como el oral; por último, y en relación con la conducta homosexual femenina, queda excluida propiamente del ámbito de aplicación del artículo 429, por no ser ima-

(13) Obsérvese la distinta terminología empleada por el legislador en la Exposición de Motivos (coito vaginal, rectal y bucal), carente de rigor técnico jurídico, y la que resulta en la letra de la ley (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal).

ginable ni yacimiento ni acceso carnal alguno con sujetos activo y pasivo femenino. Luego los ataques a la libertad sexual femenina con tales sujetos, solamente tienen cabida en el artículo 430, tipo básico o cualificado, en el supuesto de que haya manipulaciones vaginales, anales u orales con objetos.

El artículo 430 del Código Penal se refiere a «cualquier otra agresión sexual». Aquí me vuelvo a referir a la inexactitud de tal manifestación, cuando a continuación se refiere el precepto a que ha de realizarse «con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo (429) expresadas».

Las manifestaciones de tal conducta típica son, en una interpretación «a sensu contrario» de los artículos 429 y 430, párrafo segundo, cualquier abuso sexual que no consista en «acceso carnal, sea por vía vaginal, anal o bucal», ni «en agresión que consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios», luego toda clase de tocamientos del sujeto activo sobre el pasivo, o de éste sobre aquél.

La pena del artículo 430, párrafo primero, es sustanciosamente inferior a la de la actual violación, pues de la reclusión menor de ésta, se pasa a la de prisión menor, por lo que se han mantenido las penas para estas conductas, idénticas a como se contenían en los antiguos artículos 429 y 430 (14). A continuación se refiere el precepto a un tipo cualificado al que asigna la pena de prisión mayor, «si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios». En relación con el contenido de este artículo, se está pretendiendo tipificar determinadas prácticas sexuales más graves en opinión del legislador, cuando se refiere el precepto a las manipulaciones vaginales, anales u orales (según la letra de la ley), con cualquier objeto o cuando se utiliza la imprecisa expresión «medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios», que ya veremos qué posible interpretación jurisprudencial se puede hacer de ella. Lo que parece estar pretendiendo calificar y cualificar el legislador son determinadas prácticas sadoomasoquistas que pueden añadir un mayor desvalor al delito, pero si es así, en mi opinión tales conductas deben agravarse, no con el tipo cualificado, sino con la agravante genérica de ensañamiento del artículo 10.5 del Código Penal, siempre que el sujeto activo pretenda atacar la libertad sexual de su víctima, con tal conducta delictiva.

(14) Curiosamente, entre la pena que corresponde a la violación, que es la de reclusión menor, y la pena asignada al abuso sexual, que es la de prisión menor, se encuentra la prisión mayor, que es precisamente la pena que se había establecido por los redactores del Anteproyecto de Ley Orgánica para el tipo intermedio de acceso carnal anal.

En cuanto a disposiciones comunes, el actual artículo 443 del Código Penal se refiere no sólo al delito de violación, sino también a los de agresiones sexuales, estupro y rapto. Dice el precepto en su segundo párrafo que el perdón del ofendido o del representante legal (comprendido, claro es, al ascendiente respecto del menor), o guardador de hecho, no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase. Yo hubiera preferido una sola referencia a la responsabilidad penal.

Para terminar, he de criticar globalmente, por lo se refiere a la materia objeto de este pequeño estudio, la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, reforma que se fraguó en el Senado, sin pedir opinión ni al Consejo General del Poder Judicial ni a la Fiscalía General del Estado y a espaldas de quienes habían sido los redactores del inicial Anteproyecto, lo que sin duda ha provocado su defectuosa técnica legislativa.

