

**EL DELITO DE VIOLACION  
MODIFICADO  
POR LA LEY DE ACTUALIZACION  
DEL CODIGO PENAL**

*Discurso leído el día 23 de Mayo de 1991,  
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*  
**EXCMO. SR. D. ANGEL DE ALBA Y OSUNA**

*Y contestación del*  
**EXCMO. SR. D. JOSE MARIA LUZON CUESTA**



**MURCIA**  
1991







**EL DELITO DE VIOLACION  
MODIFICADO  
POR LA LEY DE ACTUALIZACION  
DEL CODIGO PENAL**



**EL DELITO DE VIOLACION  
MODIFICADO  
POR LA LEY DE ACTUALIZACION  
DEL CODIGO PENAL**

*Discurso leído el día 23 de Mayo de 1991,  
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*  
**EXCMO. SR. D. ANGEL DE ALBA Y OSUNA**

*Y contestación del*  
**EXCMO. SR. D. JOSE MARIA LUZON CUESTA**



**MURCIA**  
1991

Copyright © 1991, by Angel de Alba y Osuna  
Depósito Legal: MU - 1.205 - 1991  
Printed in Spain - Impreso en España  
por EL TALLER. Ingramur, S.L.  
C/. Escultor Roque López, 3 y 5  
MURCIA 30008

## SUMARIO

|            |                                                                                       |           |
|------------|---------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>I</b>   | <b>Introducción.....</b>                                                              | <b>9</b>  |
| <b>II</b>  | <b>El delito de violación en los Códigos penales.....</b>                             | <b>15</b> |
|            | 1.—El delito de violación en los Códigos penales españoles anteriores al vigente..... | 15        |
|            | 2.—El delito de violación en algunos Códigos penales europeos.....                    | 18        |
| <b>III</b> | <b>El delito de violación en el Código penal vigente.....</b>                         | <b>21</b> |
|            | 1.—El bien jurídico. Clases de violación en atención al bien jurídico protegido.....  | 21        |
|            | 2.—La conducta típica.....                                                            | 24        |
|            | 3.—El sujeto activo.....                                                              | 33        |
|            | 4.—El sujeto pasivo en las distintas clases de violación                              | 37        |
|            | A).— En la violación propia.....                                                      | 37        |
|            | B).— Violaciones de prevalimiento.....                                                | 39        |
|            | a) <i>Violación con persona privada de sentido</i>                                    | 41        |
|            | b) <i>Acceso carnal con otra persona abusando de su enajenación.....</i>              | 44        |
|            | c) <i>Acceso carnal con persona menor de doce años cumplidos.....</i>                 | 55        |
|            | 5.— Antijuricidad .....                                                               | 57        |
|            | 6.— Culpabilidad.....                                                                 | 58        |

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| 7.— Punibilidad.....                            | 62 |
| 8.— Formas de aparición.....                    | 65 |
| a) <i>Autoría y participación</i> .....         | 65 |
| b) <i>Formas imperfectas de aparición</i> ..... | 68 |
| c) <i>Concurso de delitos</i> .....             | 72 |
| 9.— La pena.....                                | 75 |
| 10.— La responsabilidad civil.....              | 77 |

## **I. INTRODUCCION.**

Hay momentos en la vida en los que parece obligado hacer un a modo de balance o recuerdo de lo que hasta entonces hemos hecho, de pararse a pensar e interrogarse donde se encuentra uno y a donde va.

Se me antoja que uno de esos momentos puede ser este. Y puede parecerme un instante relevante por ser un momento de llegada y también un punto de partida, siendo imposible que pase desapercibido en el constante ajeteo del devenir del tiempo.

Por los días en que estaba escribiendo este discurso se han cumplido más de treinta y dos años de mi llegada a Murcia.

Mi primera visita a Murcia fue de ida y vuelta; vine tan sólo a tomar posesión de mi plaza de Abogado Fiscal y regresé al día siguiente a Extremadura, Cáceres, mi tierra, donde contraí matrimonio a los pocos días del regreso de Murcia.

La luna de miel fue corta, pues apenas a los diez días de la boda ya estábamos en Murcia el nuevo matrimonio, alojados en el viejo y primitivo Hotel Hispano, en el cual permanecimos más de tres meses, pues tanto tiempo tardamos en encontrar piso.

Mis compañeros Fiscales eran pocos: sólo el Jefe, el Teniente y otro Abogado Fiscal; yo hacía el cuarto, cifra muy inferior a los veintidós Fiscales que ahora somos en Murcia y sus Destacamentos de Cartagena y Lorca. Mis compañeros me estaban esperando impacientes para que les aliviara en el trabajo.

De los Magistrados y Fiscales que había destinados en la Audiencia Murcia a mi llegada, ya no viven más que un Magistrado y un Fiscal. De estos, de los que se fueron para siempre, de los compañeros presentes, Abogados, Procuradores, funcionarios de la Fiscalía y de la Audiencia, de todos guardo el mejor recuerdo y a todos debo mi agradecimiento. Parece difícil que se pueda afirmar así, pero es lo cierto que en tantos años de ejercicio en Murcia, de mis compañeros en general, entendiéndolo por tales a todos los que formamos parte de la curia, más del pueblo de Murcia, de los murcianos, mi mujer y yo no tenemos más que buenos, magníficos recuerdos y gratitud hacia todos.

Más de una vez he reflexionado con Felisa mi mujer, como fue que con tanta facilidad y agrado encajamos en esta tierra, en la que Felisa lleva viviendo, junto conmigo, los mismos años que ella tenía de edad cuando llegamos a Murcia y otra mitad más, o sea el ciento cincuenta por ciento de su vida. Nosotros nos lo explicamos por la gran afinidad que encontramos entre murcianos y cacereños, afinidad de caracteres, de lealtades y hasta coincidencias en el acento y musicalidad del lenguaje, sobre todo el del pueblo, el panocho, tan afín al extremeño de Gabriel y Galán o al de «El Miajón de los Castuos».

Se dice que a este mundo cada uno venimos con unas determinadas inclinaciones; la preponderante mía parece que es la vocación a la docencia; por el tiempo que llevo ejerciéndola en diversos lugares, con distinto enfoque, (Facultad de Derecho, Escuela de Práctica Jurídica, preparación de opositores), creo sin ambages que debo reconocerlo así, dados los muchos años dedicados a este empeño, compartidos con mi contribución a la diaria aplicación del Derecho en mi función de Fiscal.

El mismo año que llegué a Murcia entré a trabajar en nuestra Universidad de la mano de mi compañero y amigo MANUEL LUZON DOMINGO (q.e.d.), encargado entonces de la Cátedra de Derecho penal y Teniente Fiscal de la Audiencia.

Por la misma época, comencé la preparación de la tesis doctoral bajo la dirección de Don Manuel Batlle Vázquez, a cuya memoria guardo afecto y gratitud, si bien más tarde cambié de director y de tema, al haberme decidido definitivamente por la especialización en Derecho penal, concluyéndola con el patrocinio del eximio penalista, Doctor SAINZ CANTERO, de cuyo magisterio tanto me beneficié, al que en vida profesé fraterna amistad, manteniendo imborrable su recuerdo.

Debía llevar en Murcia dos años, cuando sustituí en la cátedra de Derecho penal al Dr. LUZON DOMINGO, por su traslado, primero a Albacete y luego a Madrid. Al crearse la carrera de Profesores Titulares de Universidad oposité a ingreso en la misma, aprobando, siendo adscrito al mismo Departamento de Derecho penal de nuestra Universidad donde venía ejerciendo; en él he permanecido hasta mi jubilación en la carrera docente. Cuando el Dr. LUZON se fue a Madrid, le sustituí también en la preparación de opositores; en las tareas expuestas, más las propias de mi Carrera Fiscal se me han ido los años. Bueno, no sólo en la docencia y en la aplicación del Derecho se han ido mis días; muy buena parte de ese tiempo ha sido dedicado a mi familia, a mis amigos, actos lúdicos, etc.

De esta Real Academia conservo el recuerdo de cuando nació la idea de su creación. Por el que entonces era Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia y ahora Presidente de la Academia, Excmo. Sr. Don Francisco Martínez Escribano, conocí primero el proyecto y luego seguí los trabajos de su creación, hasta cuajar en la realidad actual.

Los señores Académicos me han honrado llamándome a colaborar en esta hermosa realidad. Aparte mis buenos propósitos de contribuir en lo que pueda al esplendor y prestigio de la Institución, no me reconozco méritos para formar parte de tan docta Corporación; por ello mi gratitud a los que me han elegido es mayor y espero no defraudarles en la confianza que me han hecho.

Al proponerme tema para este discurso me atraían varios. Algunos eran preferentemente especulativos y de ensayo como, por ejemplo, «Reflexiones sobre la Administración de Justicia en la hora presente», «El Ministerio Fiscal, guardián de la Justicia», «Jóvenes y viejos Abogados», pero dejé su estudio para más adelante, evitando por ahora entrar en la polémica que la exposición de estas cuestiones suele llevar aparejada; otros temas incidían en el Derecho penal sustantivo, por ejemplo, «Reestructuración de los delitos de injuria y calumnia», «Tráfico de influencias, cohecho y prevaricación», «Redefinición del delito de desórdenes públicos, ante la interpretación actual del mismo por la jurisprudencia»; algunos posibles temas eran viejas interrogantes, que aún no tengo resueltas de manera satisfactoria, por ejemplo: «¿Prescriben las penas mientras el condenado está cumpliendo otras más graves?»; otras cuestiones que en tiempos también me preocuparon, tal por ejemplo, «La intervención de la víctima

como factor desencadenante del delito», han sido tratadas con toda brillantez en la bibliografía más reciente<sup>1</sup>.

Tantas apetencias como las que quedan apuntadas —y otras que no he expuesto—, generan indecisión.

Al final se impuso el pragmatismo que, evidentemente, es un componente de mi carácter; siempre acabo razonando que si hay que trabajar, que el esfuerzo sirva para algo, aunque a veces el utilitarismo no sea ni lo más provechoso ni lo más recomendable; hasta el propio Evangelio parece proclamarlo así cuando alaba a María por haber escogido la contemplación y reprende el utilitarismo de su hermana Marta, afanada en los muchos cuidados de la vida (Lucas, 10, 33-42).

Pues bien, dominado por el pragmatismo, me decidí por reestudiar el delito de violación. No es que esta figura esté falta de bibliografía; al contrario, existen bastantes trabajos sobre este delito y, sobre todo, después del estudio de GONZALEZ RUS<sup>2</sup>, casi cabría pregonar lo que CARRARA, un siglo antes, había recomendado a sus alumnos respecto al estudio del Derecho penal en general: «Pueden Vds. dedicarse a otra disciplina —dijo el maestro italiano—, porque el estudio del Derecho penal lo he agotado yo»; también creo que el estudio del delito de violación ha sido llevado a cabo exhaustivamente por GONZALEZ RUS. Pero, de una parte, la reforma de los delitos contra la libertad sexual llevada a cabo en el año 1989, y de otra la expectación despertada al interés público por estos delitos, hicieron que me decidiera por dicho tema. Había comenzado el estudio a raíz de la indicada reforma, pero una grave enfermedad me impidió acabar el trabajo cuando aún estaba reciente la publicación de la Ley Orgánica 3/1989. Creo que el tema no ha perdido actualidad; al menos así pudiera deducirse de la atención que al mismo dedican los medios de comunicación. Son los medios de comunicación los que cada día nos ponen al corriente de los sucesos de esta índole ocurridos en nuestro país y en el mundo, creando la sensación de que son temas del máximo interés. Afortunadamente los ataques a la libertad sexual no deben ser tan profusos como los relatos informativos tratan de sugerir, porque las mismas noticias permanecen largo tiempo en los informativos y las mismas son reactualizadas cuando surge una nueva noticia de la misma índole.

---

1. Vid. LANDROVE DIAZ, Gerardo. «Victimología». Tirant lo Blanch, Valencia 1990.

2. GONZALEZ RUS, Juan J., «La violación en el Código penal español». Granada 1982.

Al tiempo de escribir este discurso el suceso en candelero era el conocido como, «*La violación de la aguja*»; prensa, radio y televisión, difundían una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, publicada en los días próximos a la Semana Santa 1991, por la que el alto Tribunal casaba la sentencia dictada por la Audiencia provincial, que había condenado al acusado a doce años y un día de reclusión menor como responsable en concepto de autor de un delito de violación cometido por intimidación. La noticia periodística estaba no tanto en la absolución del condenado decretada por el Tribunal Supremo, sino en la motivación o fundamento de dicha absolución; entendía el Supremo que la intimidación ejercida sobre la víctima no había tenido la suficiente intensidad para anular su voluntad contraria a la del autor, pues debía haberse resistido más antes de entregarse a su agresor. Según el relato de hechos, el acusado había recogido a la ofendida cuando hacía autostop por avería de su automóvil, con el ofrecimiento de transportarla hasta la próxima estación de servicio desde donde ella pensaba pedir auxilio técnico para que repararan su vehículo, pero en lugar de llevarla allí se desvió, estacionando su automóvil en un lugar solitario donde amenazando a la mujer (de 35 años de edad), con pincharla con una aguja si no consentía, consiguió que ésta le hiciera una «fellatio» y luego la penetró sexualmente. Las asociaciones de mujeres compa-  
recientes en la radio, unas increpaban al ponente del referido fallo, preguntándole si también hubiera absuelto al acusado de haber sido su hija o su esposa las violadas; la portavoz de otra de esas asociaciones argumentaba sobre la discriminación de trato en perjuicio de la violación, para la que se exige —argüía— la resistencia hasta la muerte, a diferencia del robo donde basta la simple amenaza seguida del apoderamiento de lo ajeno para entenderlo consumado, sin que se exijan a la víctima actitudes de resistencia heroica. La letrada CRISTINA ALBERDI, conocida defensora de los derechos de la mujer, también presente en el coloquio, moderaba la crítica aclarando, que en la violación se requiere la voluntad contraria de la víctima, manifestada seriamente y mantenida durante el decurso de la acción hasta el límite en que seguir oponiéndose supondría un peligro cierto para la vida, mientras que en el robo con intimidación la voluntad contraria de la víctima se presume, sin que ésta tenga que hacer nada para demostrarla. Insistía en que estas diferencias nacían de la Ley, no de un trato discriminatorio de la jurisprudencia.

En la misma ocasión se recordó, «*La Sentencia de la minifalda*», por la que un empresario lujurioso había sido condenado a sólo multa de cuarenta mil pts. por tocarle el trasero a una de sus empleadas, habiendo admitido como circunstancia atenuante la excitación que al autor

producía la simple contemplación de la joven vestida con minifalda. La sentencia incidía en la polémica cuestión de la valoración que deba hacerse de la conducta de la víctima cuando haya podido haber influido en la producción de los hechos.

Salieron también a relucir, una sentencia de la Audiencia provincial de Oviedo, que había condenado como violador al marido que yació con su mujer por la fuerza, contra la voluntad de ésta, y otra de una Audiencia gallega, también por violación, en la que se había absuelto o disminuido la pena a los autores, —la información no era clara—, habida cuenta del error a que, decían, habían sido inducidos por el comportamiento inmediatamente anterior de la víctima, a la que habían creído proclive al encuentro sexual.

Aún podría añadirse para acabar la enumeración de los casos «actuales», la condena a un médico de Málaga por practicar el aborto a una niña de quince años, embarazada por su primo de cincuenta y seis años con el que mantenía relaciones, siendo dicho embarazo —según los medios de comunicación— consecuencia de violación; la noticia parece un tanto incompleta, ya que uno de los supuestos de aborto legal es cuando el embarazo sea consecuencia de una violación (artículo 417 bis.1,2.º del Código penal); algo más debió haber en la conducta de ese médico, para que su condena como autor de un delito de aborto a la pena de cuatro años, dos meses y un día de privación de libertad, fuera confirmada por el Tribunal Supremo.

Finalmente, podría cerrar la referencia al interés que despiertan las conductas relacionadas con la violación, el hecho constatado de que tanto si se absuelve como si se condena por la misma, jamás las resoluciones judiciales dictadas a su propósito pasan desapercibidas para la prensa, radio y televisión.

## II. EL DELITO DE VIOLACION EN LOS CODIGOS PENALES

### 1.— El delito de violación en los Códigos penales españoles anteriores al vigente.

Para conocer el alcance de la reforma penal de 1989 en materia de violación, parece conveniente recordar la regulación de este delito a través de nuestros Códigos penales, adelantando que con excepción del primero (Código de 1822) y del cuarto (Código de 1928), los que ocupan los ordinales segundo (Código de 1848-50), tercero (Código de 1870), quinto (Código de 1932) y sexto (Código de 1944), mantienen un tratamiento similar, siendo éste el que permanece hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de Junio, denominada de actualización del Código penal. En el breve recuerdo histórico de esta materia nos vamos a referir solamente a los indicados Códigos de 1822 y 1928, puesto que el contenido de los otros ha sido el objeto de la reforma última y será también objeto de nuestra exposición y comentario a lo largo de este discurso.

*El Código penal de 1822*<sup>3</sup> fue original tanto en sus descripciones como en los contenidos típicos; en sus preceptos se contienen los elementos que integraran los distintos tipos de violación acogidos en las formulaciones posteriores. No hablaba este Código de violación sino de abusos deshonestos; en el artículo 686 castigaba el intento de abusos deshonestos perpetrado por violencia, amenazas o intimidación; el artículo 687 penaba, al que abusare deshonestamente de una mujer privándola del uso de su razón o aprovechándose de que estuviera sin sentido, y el artículo 671 comprendía los abusos deshonestos con niño o niña que no hubieran alcanzado la edad de la pubertad.

---

3. Código penal español de 9 de Julio de 1922. Imprenta Nacional, Madrid 1822.

*El Código penal de 1928*<sup>4</sup>, supuso un intento de ruptura siendo distinto de los anteriores y de los que le siguieron, aunque también en los numerosos tipos que dedicaba a los que siguió agrupando como «Delitos contra la honestidad», se contenían análogos elementos a los contemplados por los otros Códigos penales.

Poco tiempo duró el paréntesis abierto por el Código de 1928; había entrado en vigor el 1 de Enero de 1929, pero fue *anulado*, (no simplemente derogado), por Decreto del Gobierno provisional de la segunda República dictado al día siguiente de su proclamación, o sea el 15 de Abril de 1931; por él se declaraba anulado y «sin ningún valor ni efecto el titulado Código penal de 1928», restableciéndose el Código de 1870<sup>5</sup>.

Con ello se retorna a la regulación que para la violación había iniciado el Código penal de 1848<sup>6</sup>. Si se echan cuentas tal régimen ha durado casi siglo y medio, aunque en tan largo período se dieran cambios de regímenes y guerras, en nuestra patria y en las demás, con dos conflagraciones mundiales y, además, para nosotros una guerra civil que nos fue infinitamente más perjudicial que las mundiales, en las que no participamos. En tan largo período fueron gestándose y desarrollándose nuevas ideas y hechos nuevos, que en muchos aspectos demandaban profundas reformas legislativas.

La confusión delito-pecado que acompaña al Derecho penal durante el mayor tiempo de su evolución, quizá tiene sus ejemplos más acentuados en los hasta hace poco denominados «delitos contra la honestidad». Como ha destacado GONZALEZ RUS<sup>7</sup>, «la especial atención que secularmente ha merecido la esfera sexual del sujeto por parte de la moral —hasta el punto que en ocasiones parece como si toda ella quedara reducida a este tipo de relaciones—, han provocado que no se supieran delimitar netamente los márgenes de la reprensión penal en este campo, y la consiguiente confusión delito-pecado hiciera que se incriminara todo aquello que moralmente ha estado prohibido».

Desde que el Derecho penal adquiere la categoría de ciencia se viene propugnando la separación entre Derecho y Moral pues «el Derecho penal nunca puede tutelar la moral de otro modo que posibili-

4. Código penal, Real Decreto Ley de 1928. Edición oficial, Madrid 1928.

5. RODRIGUEZ DEVESA, José María. «Derecho penal español. Parte General», 9ª edición. Madrid 1985, puesta al día por Alfonso SERRANO GOMEZ, cit. pág. 111.

6. Código penal de España. Imprenta Nacional 1848.

7. GONZALEZ RUS, «La violación en el Código penal español», cit. pág. 20.

tándola, es decir, permitiendo que el hombre desarrolle sus posibilidades»<sup>8</sup>. Esta aspiración, más la constatación del cambio operado en la moral sexual han sido las ideas motoras alegadas y desarrollados en demanda de una nueva regulación del llamado «Derecho penal sexual».

Entre nosotros, mediada la década de los setenta, como una de las consecuencias de la transición de la dictadura a la democracia, se señalaban entre las áreas penales de reforma inmediata, la de los delitos políticos y la de los delitos sexuales. Respecto de estos últimos se estimulaba el cambio haciendo notar la reforma ya operada en la Europa libre después de la segunda guerra mundial, acomodando las nuevas tipologías a los profundos cambios sociales operados. SAINZ CANTERO<sup>9</sup>, después de destacar como característica general más acusada de nuestro Derecho pena sexual, «la confusión entre Derecho y Moral, entre lo que la moral prohíbe y la ley penal debe castigar», señalaba como principio básico que debía inspirar la reforma, que «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 cause un perjuicio real e injusto a otra persona o a la comunidad». De conformidad con tal afirmación entendía, «que sólo debía castigarse: a), cuando para imponer al sujeto pasivo el comportamiento sexual de que se trate (yacimiento o 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 puede dar lugar a escándalo público, y d), cuando se produzca instigación a la prostitución tanto masculina como femenina».

Aunque este estudio se circunscribe al delito de violación, puede decirse que la reforma del Derecho penal sexual, aunque llevada a cabo entre nosotros en parches al Código penal, en términos generales se adapta a los principios transcritos; si acaso cabe exceptuar la materia del escándalo público en la que el legislador se desmarca del penalista, pues ha suprimido este delito sustituyéndolo por los nuevos de exhibicionismo y provocación sexual (Capítulo II, del Título IX, del Libro II del Código penal) de espectro y alcances mucho más restringidos que el texto derogado.

8. POLAINO NAVARRETE, Miguel. «Introducción a los delitos contra la honestidad». Sevilla 1975, cit. págs. 32-35.

9. SAINZ CANTERO, José Antonio. «La reforma del derecho penal sexual», en «Anuario», 1978, páginas 857 y siguientes.

## 2.— El delito de violación en algunos Códigos penales europeos.

La obligada reducción impuesta por la naturaleza de este trabajo exhonera de la exhaustiva exposición del tratamiento que en el Derecho penal comparado se da al delito de violación; más al menos se ha de constatar su regulación en los Códigos penales de países muy allegados a nosotros por vecindad y cultura jurídica, como Alemania, Francia, Italia y Portugal, los cuales fueron agrupados por FERNÁNDEZ ALBOR<sup>10</sup> en los que llamaba «Sistemas Romanistas», comprendiendo los sistemas legales vigentes en los países de la Europa occidental. El contenido de estos sistemas se puede sintetizar, siguiendo a ORTS<sup>11</sup>, como sigue:

a). En el *Código penal alemán* se castiga como violación, con pena privativa de libertad de dos años al menos, al que con violencia o con la amenaza de un peligro actual, constriñe a una mujer a tener con él o con un tercero una relación sexual extramatrimonial; y como coacción sexual, se castiga con pena privativa de libertad de uno a diez años, a quien, por los mismos medios, constriñe a una persona a realizar acciones sexuales (artículos 177 y 178, respectivamente). Existen, además, otros tipos que comprenden atenuantes específicas de los anteriores delitos, o que toman en consideración la incapacidad del sujeto pasivo para oponerse.

b). En el *Código penal francés*, se concibe la violación como todo acto de penetración sexual, cualquiera que sea su naturaleza, cometido sobre la persona de otro, mediante coacción o sorpresa, castigado con la pena de reclusión criminal de cinco a diez años y la de diez a veinte años para los supuestos en que concurra alguna de las circunstancias relacionadas en el artículo 332 (como son, que la víctima sea menor de quince años, que sea amenazada con un arma, que sea particularmente vulnerable debido a una deficiencia psíquica, etc.).

c). El *Código penal italiano*, dentro de los en él denominados delitos contra la libertad sexual, figura la «violencia carnal», consistente en la «congiunzione carnale» habida con alguien a quien se constriñe mediante violencia o amenaza. La pena es de reclusión de tres a diez años, que también se establece para la unión carnal con persona que

10. FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín. «Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos», en «Anuario», 1966.

11. BOIX REIG, Javier; ORTS BERENGUER, Enrique, y VIVES ANTON, Tomás S. «La reforma penal de 1989». Tirant lo Blanch, Valencia 1989, cit. págs. 137 y 138.

se encuentra en alguno de los casos enumerados en el artículo 519 (que no haya cumplido los catorce años, que no haya cumplido los dieciséis, si el culpable es el ascendiente o el tutor...).

d). Por su parte, *el Código penal portugués*, en su artículo 201 castiga con pena de prisión de dos a ocho años, a quien realiza la cópula con mujer por medio de violencia, amenaza grave, o después de haberla puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir o en forzarla a cohabitar con otro. En la misma pena incurre el que realiza la cópula o un acto análogo con menor de doce años. El coito con mujer inconsciente o que padezca una anomalía psíquica o que la incapacite para valorar el sentido moral de la cópula o que sea menor de catorce años, se castiga con prisión de dos a cinco años (artículo 202). Es de destacar que en el número 3 del artículo 201 se dispone que si la víctima, en el caso del número 1 (coito con violencia, etc.), hubiere contribuido con su comportamiento o por su especial ligazón con el agente, de forma sensible al hecho, la pena será especialmente atenuada.

Concluye ORTIS<sup>12</sup>, que de la contemplación de los anteriores preceptos se advierte, que las penas previstas para la violación por nuestro Código son las más severas y —en contraste—, que la descripción que en él se hace de la conducta típica o del acceso carnal es de las menos precisas.

---

12. BOIX, ORTOS y VIVES, «La reforma penal de 1989», cit. pág. 138.



### **III. EL DELITO DE VIOLACION EN EL CODIGO PENAL VIGENTE.**

El delito de la violación después de la reforma de 1989 sigue quedando incluido en el Título IX, del Libro II, del Código penal, que lleva por rúbrica «De los delitos contra la libertad sexual», ocupando el Capítulo Primero que trata «De la violación y de las agresiones sexuales», dedicando a la violación el artículo 429, redactado 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 concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

#### **1.— El bien jurídico. Clases de violación en atención al bien jurídico protegido.**

El primero de los logros de la reforma llevada a cabo en materia de delitos sexuales por la Ley O. 3/1989, es la puesta al día de la pro-

pia rúbrica legal. El Título IX del Libro II, que desde el Código penal de 1848 rezaba «Delitos contra la honestidad» a partir de la reforma se va a denominar, como antes se ha dicho, «Delitos contra la libertad sexual», poniendo fin al rechazo casi general de que había sido objeto en este punto por entenderse, entre otras muchas críticas<sup>13</sup>, que la honestidad o era un mero «nomen» legal sin contenido sustancial propio (POLAINO), o simplemente pretendía utilizar un vocablo —honestidad— que permitiera destacar una nota común a todas las acciones acogidas en el título, a saber, la necesidad de ejecutar un acto deshonesto desde el punto de vista del pudor, o sencillamente que con la denominación «delitos contra la honestidad» se había aludido, fundamentalmente, a criterios de carácter moral para encarar legislativamente la cuestión sexual (BUSTOS).

Para el legislador de 1989, 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 esta es el auténtico bien jurídico atacado. Que la libertad sexual es el objeto jurídico de protección en la violación era ya antes de la reforma una afirmación mayoritariamente aceptada; de haber sido la honestidad y no la libertad sexual no se hubiera admitido la violación de la prostituta<sup>14</sup>, reconocida, sin embargo, por la doctrina y la jurisprudencia. Como postura jurisprudencial más definida y aceptada, se revelaba la que consideraba que el bien jurídico protegido en el delito de violación, en los tres números del artículo 429, lo constituía la libertad sexual de la mujer (pueden verse, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Febrero, 21 de Junio y 15 de Diciembre de 1976, 1 de Junio de 1978, 3 de Diciembre de 1979, 12 de Noviembre de 1980, 12 de Junio de 1985, 3 de Enero y 10 de Diciembre de 1986 y 17 de Marzo de 1987), definiéndose tal libertad en sentido positivo, como «el derecho a la disponibilidad facultativa del propio cuerpo en su intimidad carnal», (sentencia del T. Supremo de 8 de Octubre de 1969).

Sin embargo la polémica continua, aunque sobre un aspecto más concreto, a saber: si la libertad sexual es el objeto de la protección solamente en la *violación genuina* (por fuerza o intimidación, del artículo 429, 1º), o si también abarca los supuestos en que la víctima esté

13. MARCHENA GOMEZ, Manuel. Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley Orgánica 3/1989), en «La Ley», número 2.504, correspondiente al 8-6-1990.

14. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 251.

privada de sentido o se abusare de su enajenación o fuere menor de doce años cumplidos, (números 2º y 3º, del mismo artículo 429 del Código penal). Lo que se está discutiendo es, en esencia, si las personas designadas en los números 2º y 3º del artículo 429, tienen o no libertad sexual, entendida como capacidad para disponer de sus facultades sexuales.

Un sector doctrinal<sup>15</sup>, entiende que «la libertad sexual es predicable de toda persona y desde esta perspectiva se afirma que también los menores de doce años, los enajenados y los privados de sentido la poseen y que, desde luego, tienen derecho a no ser molestados, a estar exentos de daño de carácter sexual». Se proclama aquí la libertad sexual en su aspecto negativo, como el derecho que a todos corresponde de no ser inquietados, molestados o dañados en sus facultades sexuales.

Ahora bien, como los menores de doce años, los que se encuentran privados de sentido, mientras dure la privación, y los enajenados mientras permanezcan en tal estado, no se encuentran en condiciones de ejercer aquella libertad, resulta que en tales casos lo que se protege —según los partidarios de esta tesis—, es el interés del Estado en que las personas que atraviesan por alguna de estas situaciones vean preservada su intimidad de ingerencias inadmisibles por abusivas. Se trata con dicha argumentación de justificar la tesis de la «intangibilidad o indemnidad sexual» que según este sector doctrinal, es la que constituye la objetividad jurídica en los delitos sexuales perpetrados contra los privados de sentido, enajenados y menores de doce años cumplidos. El bien jurídicamente protegido en estos supuestos<sup>16</sup>, no sería la libertad sexual, sino un bien que con respecto a ésta se halla en una prioridad lógica y formal, y que puede ser designado como «la intangibilidad sexual del individuo que posea determinada cualidad o se encuentre en determinadas relaciones con el agente».

De esta última diversificación del objeto jurídico de la violación participaba la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, que acogía los delitos sexuales bajo la rúbrica de «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales».

En este trabajo se acepta también dicha diversificación, aunque sólo sea por la evidencia de que las personas privadas de sentido o

15. BOIX, ORTS y VIVES. La reforma penal de 1989, cit. pág. 138.

16. CONTIERI, Enrico. «Las congiunzione carnale violenta», Milán, 1959, cit. pág. 12.

enajenadas carecen de capacidad para decidirse sexualmente, aunque respecto de estas últimas el legislador parece ponerlo en duda al considerar violación el acceso carnal con ellas solamente en el supuesto que *se abusare de su enajenación*, con lo que se está admitiendo que cabe un acceso sin abuso, con entrega voluntaria o de grado; respecto a los menores de doce años, si bien pueden ser libres, plenamente, en su entrega sexual, aunque posean tal libertad, son *intangibles o intocables sexualmente* por disposición legal.

La sistemática que vamos a seguir es consecuencia de lo anterior, pues conforme a lo dicho, en coincidencia con buena parte de la doctrina, distinguiremos para un mejor análisis, los siguientes tipos o clases de violación:

1.— *Violación propia, genuina o verdadera*, entendiendo por tal el acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal efectuado contra su voluntad por fuerza o intimidación (n.º 1.º, del artículo 429).

2.— *Violaciones de prevalimiento*, o sea accesos carnales por alguna de las tres indicadas vías con personas privadas de sentido, enajenadas, o menores de doce años cumplidos (número 2.º y 3.º, del artículo 429).

Son comunes a las distintas clases de violación los elementos relativos a la conducta típica, sujeto activo, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, formas de aparición (autoría y participación, formas imperfectas de aparición y concurso de delitos) y, las consecuencias de la infracción penal (pena y responsabilidad civil); es distinto el sujeto pasivo según la clase de violación. Seguimos nuestro estudio por este orden.

## 2.— la conducta típica.

*La conducta típica requiere el acceso carnal.* Gramaticalmente acceso significa la acción de llegar o acercarse y acceso carnal equivale a ayuntamiento, cópula carnal. Para ORTS<sup>17</sup> en el núcleo de la conducta típica en el delito de violación, se concentran aquellos comportamientos que se ciñen a la penetración del órgano genital masculino por alguna de las tres vías, vaginal, anal o bucal, señaladas en el artí-

17. BOIX, ORTS y VIVES, La reforma penal de 1989, cit. pág. 142.

culo 429, pero la expresión no es equivalente a penetración llevada a cabo por el sujeto activo, desde el momento que no se exige que el sujeto activo haya de ser necesariamente un hombre, por lo que acceso carnal ha de ser traducido a *acoplamiento* que se plasme en que el órgano genital masculino resulte introducido en una de las tres cavidades señaladas, con independencia del sexo del autor. En resumen, el acceso carnal típico quedará cumplido siempre que se verifique o acredite la penetración del órgano genital masculino en el femenino, o en el ano o en la boca de una mujer o de un hombre, resultando indistinto el sexo a que pertenezca el autor del acoplamiento.

Para MARCHENA GOMEZ<sup>18</sup> la nueva redacción del artículo 429 impone un esfuerzo interpretativo a fin de delimitar el catálogo de las conductas encajables en la expresión acceso carnal; desde luego tal giro —según dicho autor— no debe reducirse al coito, definido en el Diccionario de la Real Academia como «el ayuntamiento de un hombre con una mujer». Evidentemente, el propósito legislativo va más allá, desde el instante que en la nueva redacción se amplía dicho acceso a las tres vías que acota el artículo 429, excediendo así la conducta típica de la violación al contenido tradicionalmente asignado al coito que, además de ser ayuntamiento carnal heterosexual, se entiende como ayuntamiento por vía vaginal, siendo las expresiones coito anal o bucal que emplea el legislador meramente analógicas.

En cualquier caso lo que el acceso carnal requiere es la penetración o alojamiento de un órgano genital en alguna de las tres cavidades acotadas por el legislador; la capacidad de penetración sólo puede proclamarse del órgano genital masculino (pene), por lo que siempre será preciso para que la conducta típica quede cumplida la participación de un varón; esto supuesto, lo que en definitiva se exige es una *conjunción o acoplamiento* que ha de lograr el autor, bien consiguiendo él la penetración o logrando ser penetrado o penetrada. Destaca MARCHENA GOMEZ, que «el tenor literal del precepto permite colegir que en la ejecución del hecho la pretensión criminal puede consistir tanto en penetrar sexualmente como en ser penetrado o penetrada, sin perjuicio de reconocer mayores dificultades de ejecución —no insalvables—, cuando lo que se persigue es convertirse en destinatario de la forzada actividad sexual ajena».

Los *modos comisivos* integran parte de la conducta cuando se trata del acceso carnal conseguido mediante el uso de la fuerza o de la inti-

18. MARCHENA GOMEZ, Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal, en «La Ley», n.º 2.504.

midación, integrando la modalidad de violación descrita en el número 1 del artículo 429. En este caso la conducta exige la oposición del sujeto pasivo, pues su consentimiento destipificaría el acto. Por ello decía CARRARA que este tipo de violación requiere dos voluntades en guerra. Si el sujeto pasivo no opone resistencia al acto hasta donde racionalmente sea posible, no habrá delito; el consentimiento de la víctima —ya lo hemos dicho—, y también su indiferencia, la pasividad, el dejar hacer sin oposición seria, tenaz y continuada hasta comprender que seguir resistiendo sería inútil y hasta peligroso, hacen atípica la conducta. Por ello dice MEZGUER<sup>19</sup>, que la anuencia del ofendido es en la violación un elemento negativo de la tipicidad que impide su configuración, en cuanto el tipo está construido presuponiendo la oposición del sujeto pasivo.

Para que el consentimiento destipifique el hecho el sujeto pasivo ha de consentir el acceso carnal, para lo cual es preciso que tenga la capacidad suficiente, requiriéndose que sea prestada por una voluntad libre y consciente. Se exige consentir sobre el acceso carnal, sin que baste para estimarlo la transigencia precedente a tocamientos y excitaciones eróticas, pues según el Tribunal Supremo (sentencias de 26 de Noviembre de 1971 y 19 de Noviembre de 1975), es indiferente que la mujer «haya convenido en un comportamiento sexual de menor entidad y distinto al yacer, siempre que conste de manera clara y terminante la oposición de la fémina a este acto culminante de la relación intersexual». Se precisa, además, que tal consentimiento exista en el momento del acto, para lo que no valdrá un consentimiento anterior deducido de una relación intersexual consentida si también el sujeto pasivo se niega a continuarla; carece de eficacia el consentimiento posterior en lo que se refiere a la destipificación del acto.

La descripción típica comprende la *fuerza* y la *intimidación*.

La fuerza requiere que se use de ella para conseguir el acceso carnal. Se refiere a la «vis física», fuerza material, a la brutalidad empleada por el autor para conseguir el acceso carnal. Para que tenga éxito y sea bastante es preciso que anule la oposición del ofendido/a hasta donde le sea posible resistir. Según GONZALEZ DE LA VEGA<sup>20</sup>, consiste en la fuerza material aplicada directamente sobre el cuerpo del ofendido/a que anule, supere o venza su resistencia y

19. MEZGUER, Edmundo, Tratado de Derecho penal. Nueva edición revisada y puesta al día por Arturo Rodríguez Muñoz, Tomo II, Madrid 1955, cit. pág. 423.

20. GONZALEZ DE LA VEGA, F. Derecho penal mexicano, 6ª edición, México, Porrúa, 1961, cit. pág. 387.

lo obligue, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir.

Respecto a la intensidad no se requiere que sea irresistible. Hay coincidencia en la doctrina sobre que basta que sea la fuerza idónea para lograr el acceso carnal venciendo la oposición del ofendido/a<sup>21</sup>. Algunos exigen que la fuerza ha de poner a la víctima en la imposibilidad de resistir<sup>22</sup>, pero en general<sup>23</sup> se estima ha de tratarse de una fuerza bastante, la que sea suficiente para vencer la resistencia de la víctima y lograr el acceso carnal con ella. La doctrina viene estimando que la gravedad de la fuerza se debe analizar desde un punto de vista subjetivo, desde la perspectiva del ofendido en el momento y estado psicológico precisos, por lo que habrá de atenderse a la edad de los participantes, sus condiciones físicas, el momento y el lugar.

GONZALEZ RUS<sup>24</sup> sistematiza los caracteres que ha de reunir la fuerza y que exponemos seguidamente, con las adaptaciones requeridas después de la reforma de 1989:

1) La fuerza ha de ser ejercitada directamente sobre la persona con la que se pretende realizar el acceso carnal. MAGGIORE admite incluso la fuerza sobre una persona querida de la víctima, pues dice que es como si se aplicara sobre el propio sujeto de la violación; la hipótesis —corrige GONZALEZ RUS—, ha de ser tenida en cuenta pero no como constitutiva de fuerza, sino de intimidación.

2) Entre la violencia y el acceso carnal debe de haber una relación causal que permita asegurar que la primera ha determinado al segundo.

Se exige aquí que la fuerza sea la que posibilite el acceso, por lo que será indiferente si su empleo lo fue con un propósito distinto, tal por ejemplo la satisfacción sexual en una relación sádica.

3) No es preciso que la fuerza acompañe todo el proceso ejecutivo de la violación. Bastará con que la fuerza haya vencido la oposición del sujeto pasivo, hasta llevarle al convencimiento de que seguir resistiendo sería inútil o incluso peligroso para la vida.

21. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 355.

22. GOMEZ, Eusebio, Tratado de Derecho penal, III, Buenos Aires, 1940, cit. págs. 103 y 104.

23. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 356.

24. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. págs. 358-368.

4) No es precisa la identidad subjetiva entre el autor de la fuerza y el autor del yacimiento. Lo decisivo en la violación es que el acceso carnal se consiga mediante el empleo de la fuerza, sin que ésta necesariamente tenga que ser ejercida por el que lleva a cabo la conjunción genital, pues cabe que sean otros quienes la actúen materialmente, que devendrán así en cooperadores del autor directo.

La oposición a la acción del agresor se concreta en la resistencia de la víctima, requiriéndose por la doctrina que sea seria, mantenida, constante y verdadera.

Seria, quiere decir que sea expresión de una voluntad realmente contraria al acto, y no el rechazo aparente que en ocasiones consideraron algunos simple pródromo del acto sexual. Se alude con ello a lo que OVIDIO denominó «vis grata puellis» en referencia a tiempos primigenios en los que la captura violenta, real o simbólica, era la exteorización del casamiento, fingiendo resistencia la mujer en contribución obligada a los tabúes aceptados. La cuestión carece de importancia salvo en lo que pueda relacionarse con los juegos eróticos. Desde luego no valdrá una resistencia simulada ni tampoco la que no esté dirigida a contrarestar la agresión encaminada a doblegar la voluntad de la víctima; tal parece precisarlo el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de febrero de 1986, cuando dice que «lo decisivo en la violación mediante el uso de la fuerza, no es la utilización de la violencia o fuerza para obtener la cópula carnal, sino la utilización de esa fuerza para doblegar la voluntad contraria de la mujer, porque la fuerza o la violencia pueden ser parte de la erótica admitida por ambos».

Se precisa también la continuidad de la resistencia.

Faltará esta continuidad, cuando el sujeto pasivo cambie de voluntad desistiendo en la resistencia para consentir en el acceso. Pero no en aquellos casos en que el sujeto pasivo resiste hasta el límite en que seguir oponiéndose, además de ser inútil, pudiera incrementar el perjuicio con lesiones e incluso con peligro para la propia vida. El relativismo de estos supuestos obliga a examinar cada caso en particular indagando, en definitiva, si el abandono a la acción del autor supone un cambio de voluntad de la víctima.

Otro supuesto es aquel en que el sujeto pasivo, aún siendo contrario al acceso, carece de capacidad de resistencia, sin que por ello el autor haya de usar de fuerza para conseguir el acceso: no se precisa de fuerza porque no hay resistencia que vencer. Señala GONZALEZ

RUS<sup>25</sup> como ejemplos, que el sujeto pasivo esté aquejado de parálisis total, poseído de extrema debilidad física, o cuando el autor se aprovecha de la víctima que encuentra atada y amordazada por otros, con los que carece de toda connivencia. En estos supuestos la víctima se muestra consciente y en su sano juicio pero sin capacidad de resistencia, por lo que el acceso carnal tiene lugar sin fuerza, faltando por tanto uno de los dos elementos precisos a la violación. Sin embargo la doctrina sigue manteniendo la existencia del delito, afirmando que la falta de resistencia no desdibuja el tipo cuando ella no es posible, y que lo que caracteriza legalmente a la violación es la falta de consentimiento por parte de la víctima.

Para GONZALEZ RUS<sup>26</sup>, fiel al respeto que el principio de legalidad exige, tales supuestos serían atípicos. La figura sería atípica, por no poder ser incluida ni dentro del núm. segundo del artículo 429, como mujer privada de sentido, ni tampoco entre las hipótesis de violación propias, puesto que no se trata de un yacimiento objetivamente violento; sólo la analogía «*in malam partem*», como es sabido proscrita por la ley, admitiría mediante una interpretación teleológica, la subsunción de estas situaciones bajo la tipicidad de la violación.

Ante tales hechos, aún más deleznales que el puro yacimiento violento, —continúa GONZALEZ RUS—, la solución no puede ser otra que la modificación de la ley para eliminar tal abultada deficiencia, recomendando que dentro de la formulación típica se haga mención expresa de los casos referidos, entre los supuestos del núm. segundo del artículo 429, o sea como violaciones de prevalimiento. A pesar de que la crítica de GONZALEZ RUS es muy anterior a la reforma penal última y suficientemente divulgada entre los penalistas, la realidad es que el legislador de 1989, ni siquiera en la exposición de motivos de la última reforma alude a esta cuestión, permaneciendo abierta la puerta a las dos arbitrariedades para las que GONZALEZ RUS proponía cerrarlas, a saber: Una, violar el principio de legalidad si quiere castigarse tal conducta; otra, si se respeta dicho principio, dejar impune un comportamiento, que sin duda merece que sobre él recaiga todo el peso de la ley. Es más lamentable tal olvido en cuanto a que dicha conducta ya fue tenida en cuenta por el Código penal de 1928, que castigaba la violación de una mujer «cuando estuviera incapacitada para resistir» (art. 598,2).

---

25. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 378.

26. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 380.

La jurisprudencia a lo largo del tiempo ha tenido ocasión de ir perfilando las características de la fuerza típica exigida en la violación, teniendo declarado:

a) La intensidad de la fuerza no requiere que sea irresistible, bastando que sea eficaz para doblegar la voluntad de la víctima (sentencias de 2 de junio y 26 de septiembre de 1986, entre otras).

b) Basta con que la fuerza hubiera resultado suficiente, idónea y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivar mayores males (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero, 7 de mayo y 2 de julio de 1984, 25 de enero, 12 de junio y 16 de octubre de 1985 y 28 de mayo de 1986).

c) No es obstáculo para la apreciación de fuerza la ausencia de lesiones en el forcejeo sostenido entre el autor y la víctima, pues además de no exigirlo el precepto, que solo se refiere al empleo de fuerza, de la que no tiene que derivar ninguna consecuencia para la integridad del sujeto pasivo, no debe olvidarse que de haberse producido alguna lesión ésta no quedaría absorbida por el tipo sino que sería objeto de sanción independiente, de ahí su innecesariedad (sentencia de 1 de octubre de 1985).

d) La fuerza aplicada sobre la víctima puede proceder tanto del sujeto activo que realiza el acceso carnal, como de cualquier otro de los copartícipes que despliegan los actos necesarios para hacer viable el acceso carnal ajeno. Es, en consecuencia, accesorio que la intimidación y la fuerza procedieran de otros protagonistas, pues el art. 429.1 no establece que el sujeto activo aplique fuerza o intimidación, sino que «usare fuerza o intimidación», y se vale de ella quien explota, se aprovecha o beneficia de la empleada por los demás partícipes (sentencia de 25 de febrero de 1986).

e) Son incompatibles con las exigencias típicas de la violación la pasividad, resignación y mansedumbre; de ahí que el Tribunal Supremo haya pronunciado sentencia absolutoria basándose en el hecho de haber cedido a los requerimientos eróticos del varón, con total complacencia o tratando de conseguir el goce recíproco o compartido por ambos (sentencia de 19 de diciembre de 1985), pero sí con esa tole-

rancia o humilde aceptación impropia del tipo del artículo 429. A la víctima se le exige una resistencia firme y decidida, hasta tanto no adquiera el racional convencimiento de la inutilidad del empeño o del riesgo de un mal superior en su actitud de oposición (sentencia de 6 de abril de 1988).

El número 1 del artículo 429, además de la fuerza, establece también como medio comisivo de la violación la *intimidación*. Esta suele definirse como «la amenaza de un mal que reúne unas determinadas características»<sup>27</sup> y GONZALEZ RUS,<sup>28</sup> dice que «no es otra cosa que el efecto psicológico que en el sujeto causa la amenaza que se le dirige». Orientativa e incluso de auténtica, dada la unidad del Ordenamiento Jurídico, podría reputarse la definición que de la intimidación da el artículo 1.267 del Código Civil, aprovechable también para la interpretación del concepto de interpretación en el área penal, con sólo cambiar la expresión «contratantes» por «personas»; resultaría así con referencia al artículo 429.1, que hay intimidación cuando el acceso carnal se consigue mediante el temor que se inspira a la víctima de sufrir un mal inminente y grave en su persona, bienes o en otras personas por las que se sacrifica para mantenerlas indemnes. La forma de la intimidación es indiferente, valiendo la que se hace por palabras y también la que se lleva a cabo por gestos, siendo indiferente que su contenido sea la conminación de un mal moral o material; lo decisivo es que la conminación tenga virtualidad suficiente para contrarrestar la voluntad contraria de la víctima haciéndola doblegarse a las exigencias del autor. Así, valdrán las amenazas contra la vida y la integridad corporal, contra la buena fama, contra la libertad, y también la conminación de la destrucción de importantes intereses materiales. De modo análogo se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual «la vis compulsiva» o intimidación viene determinada por el constreñimiento psicológico de la mujer, a la que de palabra o con hechos, se amenaza con causarle un daño injusto, posible, irreparable y presente, que la infunda temor o miedo, de manera que evita su resistencia al ataque del sujeto activo por paralizarse su voluntad ante el recelo de sufrir un mal mayor (sentencia de 22 de febrero de 1974).

Por exigencia lógica, el mal con que se conmina ha de ser grave, pues sólo un mal que merezca esta calificación podrá estimarse con virtualidad de anulación de la contraria oposición. Calibrar objetiva-

27. MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, 6ª edición. Sevilla 1985, cit. pág. 116. POLAINO NAVARRETE, Introducción a los delitos contra la honestidad, cit. pág. 54. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español, P.E., cit. pág. 156.

28. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 389.

mente y en abstracto la magnitud del mal es tarea difícil que sin embargo han intentado algunos,<sup>29</sup> proponiendo que la gravedad del mal con que se amenaza no sea inferior al de la violación; se trataría, pues, de males que por su naturaleza necesariamente serían constitutivos de delitos castigados con penas no inferiores a las de la violación. Tal criterio, nos parece debe estimarse como una orientación más o ayuda a la difícil cuestión de valorar el mal con que se conmina, sin que pueda servir —ni creo que se haya pretendido— como criterio único, pues habrá que atender siempre al caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias antecedentes y concomitantes, las objetivas y las subjetivas, las personales del autor y las de su víctima, etc. En este sentido tiene declarado el Tribunal Supremo que «no hay una determinada intimidación, sino la adecuada según las circunstancias del momento, para domeñar la voluntad de la víctima en orden al acto carnal pretendido» (sentencia de 3 de abril de 1974).

La intimidación podrá conseguirse conminando con la inmediata realización del mal en cuyo caso actuará como coacción, y también conminando con llevarlo a cabo en un futuro próximo, pues si la demora fuera excesiva la amenaza podría perder su fuerza intimidatoria.

Se añade por la doctrina, que el mal debe ser de posible ejecución por aquel que lo conmina, y por parte de la víctima es preciso que ésta crea que de no consentir en lo que se le exige, o sea en la entrega carnal, sufrirá inevitablemente el mal conminado.

Algunos autores entienden que es indiferente que el mal cuya ejecución se amaga sea justo o injusto, pero la mayoría exigen que sea injusto, pues si consistiera en la amenaza de un acto legítimo (por ejemplo, reclamar una deuda o solicitar una declaración de quiebra), la entrega carnal consentida para impedir el ejercicio de un derecho sería un pacto, acuerdo o transacción, pero no una violación.

Al exponer el concepto de intimidación admitíamos que el mal podía conminarse sobre la persona de la víctima o sobre la de un tercero.

También admitíamos que dicho mal podía ser personal o patrimonial siempre que en éste último supuesto se amenazara con destruir importantes intereses. La amenaza consistente en la destrucción del

---

29. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Sobre algunos aspectos del delito de violación en España, con especial referencia a la violación intimidatoria. En Estudios penales, Madrid, 1976, cit. págs. 179-195.

patrimonio ha de ser ponderada con especial cuidado, pues la intimidación que pueda ocasionar, ordinariamente será menor que la que resulta de la amenaza a los más elevados intereses de la persona, como la vida, la integridad corporal, la libertad, la buena fama, etc. En el conflicto que se crea entre la amenaza y la rendición a las exigencias del autor para impedir que ejecute el mal conminado, habrá que decidirse por la protección al interés preponderante, como si de estado de necesidad se tratara, pero teniendo en cuenta que en esta comparación, además de la escala de valores comunmente aceptada, habrá de tenerse en cuenta la peculiar valoración que tenga la víctima sobre los intereses en conflicto.

También, habiéndose aceptado la intimidación resultante de la amenaza a terceros, por exigencia lógica y conforme a lo antes expuesto, habrá que tener por eficaz tanto la conminación de males ejecutables en la persona del tercero como en sus intereses, extremando, desde luego, en estas hipótesis el juicio de ponderación.

Resta en este punto añadir, que la conminación del mal puede ser hecha no sólo por la persona que pretende el acceso carnal, sino también por un tercero en beneficio del autor propio, pues lo decisivo para que pueda afirmarse la existencia de relación causal entre amenaza y entrega, es que ésta haya tenido como causa determinante la amenaza.

### 3.— El sujeto activo.

Tradicionalmente sujeto activo de este delito ha sido considerado solo el varón, al que se exigía, además de la imputabilidad o capacidad penal, la capacidad biológica para poder llevar a cabo el acceso carnal, concebido como la penetración del órgano genital masculino (pene) en alguna de las tres cavidades (vaginal, anal o bucal) que señala el artículo 429. No se requiere la eyaculación y menos la capacidad reproductora bastando simplemente la posibilidad de acoplamiento. MANFREDINI,<sup>30</sup> estima que la facultad sexual se adquiere entre los doce o quince años, siendo cierta la inmadurez antes de los doce y la madurez después de los quince. En la edad senil, la vejez produce en los varones la degeneración de los vasos y los conductos seminíferos, más atrofia o hipertrofia de la próstata, causando alteraciones que con el tiempo acaban con la potencia sexual.<sup>31</sup>

30. MANFREDINI, Mario. *Tratatto di Diritto penale*, Volumen IX, Milán 1921, cit. pág. 81.

31. GONZALEZ RUS, *La violación en el Código penal español*, cit. pág. 294.

Conforme a lo anterior, los valores que no hayan alcanzado la capacidad sexual no presentarán problemas, porque además de inmaduros serán inimputables por minoría de edad penal; en cambio los ancianos, aún habiendo perdido la potencia sexual, si pretendieran un acceso carnal podrían ser acusados de violación, aunque en grado de tentativa; esta tentativa sería inidónea por inidoneidad del medio, punible conforme al artículo 52, párrafo 2 del Código Penal.

La reforma no alude a si la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación, en el concreto sentido de autora material o directa, incluible en el número primero del artículo 14 del Código Penal. La cuestión de la denominada «violación inversa», adquiere toda su dimensión polémica en los supuestos de violación cometida por fuerza o intimidación; menos dificultades tiene su admisión en los supuestos de acceso carnal conseguido por la mujer abusando de la enajenación del varón o de la «fellatio in ore» practicada por la mujer contra la voluntad del varón, o aún contando con la voluntad del varón cuando éste sea menor de doce años cumplidos.

La posibilidad de que la mujer consiga hacerse penetrar por fuerza o intimidación la admiten ciertos autores,<sup>32</sup> sin desconocer la dificultad del hombre para entrar en erección bajo la presión de fuerza o intimidación, que naturalmente actuarán como inhibitorias de este proceso fisiológico; pero no sólo por estos medios podrá el varón ser forzado al acceso carnal, sino que también podrá serlo mediante el empleo de afrodisiacos o con manipulaciones, que unidas a la cooperación de otras fuerzas (inmovilidad, sujección por terceros, etc.), le obliguen a realizar aquello en que de grado no hubiera consentido.

Entre nuestros comentaristas, antes de la reforma penal en materia sexual,<sup>33</sup> prevalecía la opinión de que la ley suponía siempre que el acceso carnal, concebido como penetración, era siempre la obra de un varón, por lo que el único sujeto activo del delito de violación era el hombre; la misma opinión sostiene después de la reforma MUÑOZ CONDE,<sup>34</sup> según el cual, «de la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 429 se deriva claramente que sólo puede ser sujeto activo de este delito el hombre, tanto por la utilización del pronombre relativo masculino («el que») como por la acción típica que tiene que realizar («acceso carnal»).

32. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 295.

33. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 292.

34. MUÑOZ CONDE, Francisco-BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, GARCIA ARAN, Mercedes, La reforma penal de 1989, Editorial Tecnos, 1989, cit. pág. 31.

No niega el citado autor la posibilidad de un acceso carnal con sujeto activo femenino y sujeto pasivo masculino conseguido por fuerza o intimidación, admitiendo, como perfectamente imaginable y realizable, el acceso carnal entre los mismos sujetos cuando el sujeto pasivo masculino es un enajenado o un menor, pero entiende que dada la actual regulación estas hipótesis habrían de calificarse como agresiones sexuales del artículo 430, nunca como violaciones. Y ello sin que deje de reconocer que «tal discriminación va contra el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución Española, que prohíbe las diferencias por razón de sexo y carece además de fundamentación científica, como no sea la tradicional superprotección que se brinda a la mujer en esta materia y lo renuente que ha sido el legislador a considerarla como sujeto activo de delitos sexuales». Tal renuencia no es solamente por parte del legislador sino también por la de los propios comentaristas, pues ya GROIZARD<sup>35</sup> ironizaba diciendo «que ni es fácil que haya mujeres que aspiren a violentar hombres, ni hombres, en tales casos, que no se dejen persuadir».

Para MUÑOZ CONDE,<sup>36</sup> las razones tradicionalmente alegadas para excluir a las mujeres como sujetos activos de la violación, no son convincentes; desde el momento en que se incluye expresamente al hombre como sujeto pasivo de la violación no hay ninguna razón para que la mujer no pueda ser sujeto activo de la misma. Tanto más cuanto que en el delito de estrupo, desde la reforma de 1978, tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos y pasivos de aquél, regulación que sigue manteniéndose tras la reforma penal de 1989.

Según ORTS<sup>37</sup> «los sujetos en el delito de violación son indiferenciados (en el artículo 429 se habla de «el que tuviere acceso carnal con persona»). Toda su argumentación sobre quienes pueden ser sujetos activos y pasivos de la violación, la relaciona con el contenido que haya de darse al «acceso carnal», en él que el legislador hace recaer la conducta típica. Para él, si por acceso carnal ha de considerarse todo contacto sexual que gravite sobre la vagina, boca o ano, cualquier unión de carácter sexual entre dos personas, siempre que se canalice por alguna de las reiteradas vías, ha de tildarse de violación, con lo que resultarían inscribibles en la violación las relaciones homo y heterosexuales, y por ello serían sujetos activos y/o pasivos tanto el hombre como la mujer. Esto —añade—, que podría entenderse así, en una

35. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 297.

36. MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCIA ARAN, La reforma penal de 1989, cit. pág. 31.

37. BOIX, ORTS y VIVES, La reforma penal de 1989, cit. pág. 141.

primera impresión ha de rechazarse, al menos parcialmente, por varias razones. Una razón sería que el acceso carnal en el área del artículo 429, «requiere imprescindiblemente la intervención de un varón, de tal manera que se produzca la penetración de su órgano genital en alguna de las cavidades referenciadas... En consecuencia, en el núcleo de la conducta típica del delito de violación se concentran aquellos comportamientos que se ciñen a la penetración del órgano genital masculino por alguna de las tres vías indicadas». Este —sigue argumentando—, es el sentido que la doctrina italiana mayoritaria asigna a la expresión «congiunzione carnale», asimilable al acceso carnal de nuestro texto punitivo, no equiparándola a coito, pero sí a la penetración del órgano sexual de una persona —obviamente un varón—, en el de otra.

Reconocida la necesidad de la penetración en alguna de las tres cavidades, se pregunta ORTS si habrá violación siempre que se de la penetración, con independencia del sexo a que pertenezca el autor. Según él «la expresión acceso carnal no es equivalente a penetración llevada a cabo por el sujeto activo, puesto que ni es ese su significado ni puede serlo, desde el momento en que no se exige que el sujeto activo haya de ser hombre, por lo que «acceso carnal» ha de traducirse por *acoplamiento*, que se plasma en que el órgano genital masculino resulte introducido o acogido en una de las tres cavidades señaladas, con independencia del sexo del autor. De donde —concluye—, serán típicas las siguientes hipótesis: autor un hombre y sujeto pasivo una mujer; autor un hombre y sujeto pasivo otro hombre; autor una mujer y sujeto pasivo un hombre. En apoyo de lo que afirma, cita además, la interpretación que la jurisprudencia francesa ha efectuado del artículo 322 del Código penal galo, al estimar que en él es incluíble la «fellatio».

De modo más sintético MARCHENA GOMEZ,<sup>38</sup> resuelve la cuestión alegando «que el nuevo régimen jurídico, a excepción de la actividad homosexual femenina que, por definición, no puede desplegar una penetración genital de naturaleza vaginal, anal o bucal, tolera tanto una violación homosexual como una violación heterosexual. Ello significa que pueden ser sujeto activo de la violación tanto las personas de sexo masculino como las de sexo femenino, sin más requisito que la necesaria actitud fisiológica para efectuar la acción típica». Con

38. MARCHENA GOMEZ, Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal, en «La Ley», n.º 2.504.

esta última afirmación el problema se traslada ha determinar quienes poseen actitud para el acceso carnal.

#### 4.— El sujeto pasivo en las distintas clases de violación.

##### A) Violación propia.

Sujeto pasivo pueden serlo el hombre y la mujer; así se establece en la Exposición de Motivos de la reforma, sin que se alegue nada en contra; antes bien, es alabada la solución legal, saludada por MUÑOZ CONDE<sup>39</sup> como muy positiva, en cuanto que la equiparación de la protección penal dispensada en esta materia tanto a hombres como a mujeres, supera viejas concepciones que discriminaban injustamente al hombre como posible sujeto pasivo del delito de violación.

La expresa declaración del legislador simplifica hasta el punto de eliminarla, la discusión sostenida antes de la reforma, acerca de la posibilidad de que ciertas personas por razón de su oficio o de su estado pudieran ser sujetos pasivos de la violación: así ocurría con la prostituta, que al ser por propio oficio deshonesto no podía ser titular del bien jurídico «honestidad» para cuya protección, se entendía, se había tipificado el delito de violación. A propósito de ésta polémica aparecieron las primeras construcciones doctrinales que proclamaron como bien jurídico objeto de la protección penal, la libertad de las personas para disponer y otorgar sus facultades sexuales; así lo había reconocido el Tribunal Supremo en jurisprudencia reiterada (entre otras las sentencias de 26 de noviembre de 1971 y 26 de septiembre de 1986).

Respecto de la mujer casada, tres han sido<sup>40</sup> las posiciones doctrinales mantenidas: la de los que negaban la posibilidad de que en el matrimonio pudiera cometerse este delito. Aunque en razón a la antigua estructura del delito de violación se contemplaba solamente la hipótesis de la negativa de la esposa al coito, en el presente dada la nueva estructura habría de comprenderse la negativa de cualquiera de los consortes. En estos casos se entendía, que el yacimiento conseguido contra la voluntad de la víctima estaría justificado por el ejercicio de un derecho, entendiendo que la violencia empleada en tales casos era lícita y permitida por la ley. Otros,<sup>41</sup> como VANNINI, conside-

39. MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCIA RANDA, La reforma penal de 1989, cit. pág. 30.

40. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 416.

41. VANNINI, Ottorino, Manuale de Diritto penale italiano, Parte Especial, Milano 1954, cit. pág. 609.

rabán que la mujer casada no era libre sexualmente, ya que esta libertad se encontraba limitada por el deber de cohabitar con el marido. JIMENEZ DE ASUA, consideraba tal hecho atípico, como conducta no atentatoria a la honestidad, que era el bien protegido en el delito. Para MUÑOZ CONDE, no había delito porque no se lesionaba la moral sexual, pues eran conductas que afectaban únicamente a la libertad sexual. GIMBERNAT, excluía el delito porque, aún atacando a la libertad sexual de la esposa, no se trataba de acciones deshonestas y SAINZ CANTERO, porque el yacimiento para ser delito de violación tenía que ser ilícito.

Una segunda postura, legitimaba la negativa de la mujer, y por ello admitía la violación en la imposición violenta del acto contra natura, pues ese comportamiento estaba fuera de la órbita conyugal, o cuando el acto fuera peligroso para su salud o la de la prole, o cuando se exigiera el acceso en condiciones lesivas para el pudor de la mujer, como la pretensión de copular ante otras personas, o los supuestos de enfermedad de la propia mujer, menstruación o avanzado estado de gravidez.

Una tercera posición, admitía la violación conyugal en los mismos términos que fuera del matrimonio.

Hoy, después de la reforma penal última, esta solución nos parece indiscutible. La violación es delito contra la libertad sexual, libertad que no es suprimida por el matrimonio. «Negar la posibilidad conceptual de una violación en el seno de la institución matrimonial supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes».<sup>42</sup>

De tópica podría ser calificada la vieja cuestión de si el sujeto pasivo de la violación (antes la mujer, y hoy indistintamente la mujer y el varón) había de ser una persona viva. PACHECO<sup>43</sup> había mantenido, que siendo posible la violación de mujer privada de sentido, habría violación frustrada si de hecho se pretendió y se quiso cometer el crimen sobre un cadáver. Razonablemente fue tachado PACHECO de confundir conceptos jurídicos, en este punto. Con la muerte se acaban la persona y la personalidad y se extinguen los derechos que a la persona correspondían en vida; el cadáver no debe ser profanado por el respeto que hacia él mismo mantenemos los vivos, pero el acceso car-

42. MARCHENA GOMEZ, Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código Penal, en «La Ley», n.º 2.504.

43. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 300.

nal, a sabiendas, con un cadáver no es violación sino profanación de cadáveres (artículo 340 del Código penal); si el autor creía que se trataba de una persona privada de sentido, por el juego del error (artículo 6 bis del Código penal), quedaría libre de responsabilidad si el error era invencible, o la responsabilidad le sería exigible a título de imprudencia si era vencible.

## B) Violaciones de prevalimiento.

Hasta aquí hemos venido estudiando la violación propia o genuína, denominada también violación real en la Memoria del Fiscal General del Estado correspondiente al año 1989.

Pero el artículo 429, en sus números dos y tres castiga, además de la violación real, el acceso carnal por alguna de las tres vías que enumera, conseguido «cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación, y cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresada en los dos números anteriores».

Aunque estas tres modalidades estén igualmente colocadas bajo el rótulo general de delitos contra la libertad sexual, lo cierto es que en tales figuras el objeto de la protección penal no es la libertad. En los supuestos del número dos del artículo 429, es evidente que la víctima carece de libertad, bien por *inconsciencia* si se trata de persona privada de sentido, bien por *falta de raciocinio* si se trata de enajenados. Cuando la víctima es menor de doce años cumplidos tampoco puede ser la libertad el objeto de la protección jurídica, pues tanto da que el acceso carnal tenga lugar contra la libertad de la víctima o con su consentimiento, pues en ambos casos sigue castigándose igual. Por ello, para estos supuestos algunos han propuesto hablar de «violación de prevalimiento, o violaciones de prevalimiento», dado que el acceso carnal tiene lugar, bien prevaleiéndose el autor de la situación orgánica o deficiencias psíquicas de la víctima, bien de su inmadurez fisiológica y psíquica debido a su corta edad, proponiendo para estos supuestos como bien objeto de la protección jurídica la *intangibilidad o indemnidad sexual*.

Con exahustividad ha tratado este punto GONZALEZ RUS,<sup>44</sup> en su encomiable estudio sobre el delito de violación. Según CONTIERI, a quien se remite GONZALEZ RUS, en estos casos «se ha habla-

---

44. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. págs. 281-285.

do de un deber absoluto de abstinencia de relaciones sexuales con determinados sujetos, deber impuesto por la ley o por las condiciones o cualidades personales de la eventual (persona) ofendida». El bien jurídico protegido en estos casos no es la libertad sexual, sino —continúa CONTIERI—, un bien que con respecto a ésta se halla en una posición de prioridad lógica y que puede ser designado como la *intangibilidad sexual del individuo que posee determinada cualidad o se encuentra en determinadas relaciones con el agente*.

A diferencia de la violación propia o genuína, en la que lo que se castiga no es el acceso carnal sino el haberlo conseguido o intentado usando de fuerza o intimidación, en las violaciones de prevalimiento, la pena se impone por el acceso carnal con personas a las que el legislador quiere proteger exceptuándolas del trato sexual.

De algunas sentencias del Tribunal Supremo se deduce que, para la jurisprudencia, en las violaciones de prevalimiento la unión carnal con las personas exceptuadas supone por si sola la consumación del delito (sentencia de 24 de noviembre de 1923), porque la ley busca la protección de los más débiles contra los actos de los más depravados.

COBO DEL ROSAL<sup>45</sup> propone sustituir el criterio de la *intangibilidad sexual* por el de «*indemnidad sexual*», expresión ésta que hizo fortuna en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, en el cual el Título VI del libro II, colocado entre los delitos contra la libertad y los delitos contra la intimidad, se rotulaba «Delitos contra la libertad e *indemnidad sexual*»; pero la reforma de 1989, despreocupándose de consideraciones científicas, agrupa todas las modalidades de violación bajo el rótulo de «Delitos contra la libertad sexual».

Tanto la *intangibilidad* como la *indemnidad*, son expresiones que aplicadas al delito que estudiamos, quieren resaltar la consideración a ciertas personas que para el legislador son «*intocables*» sexualmente, pretendiendo mantenerlas apartadas del trato sexual y protegidas frente a cualquier pretensión de imposición del mismo.

Pero esta idea, que antes de la reforma penal que comentamos era evidente, ha sido desvirtuada en parte por la nueva redacción dada al número segundo del artículo 429 del Código penal. Resulta que, después de la reforma penal última, las personas enajenadas ya no son

---

45. COBO DEL ROSAL, en «Comentarios a la legislación penal», tomo II, Endersa, 1983, cit. pág. 402.

intocables o intangibles sexualmente en todos los supuestos, sino solamente cuando se les imponga el trato sexual abusando de su enajenación. Esta puede ser la explicación, a que la actual rotulación del Título IX del libro II, haya prescindido de la referencia a la indemnidad contenida en la Propuesta de Anteproyecto y rece solamente «Delitos contra la libertad sexual». El legislador de 1989, según antes hemos aludido, no recoge tales diferencias y castiga con la misma pena todas las formas de violación. Parece como si no advirtiera el diferente desvalor de las distintas conductas, cuestión que tuvieron en cuenta los redactores del indicado Anteproyecto de 1983. En éste, se equiparaban a efectos punitivos de una parte, las violaciones por fuerza o intimidación y con sujetos pasivos menores de doce años, que se castigaban con prisión de seis a doce años (artículo 169), y de otra, las violaciones llevadas a cabo con personas privadas de sentido o abusando de su enajenación, para las cuales se proponía la pena de prisión de cinco a diez años.

Por nuestra parte, de acuerdo con la sistemática anunciada al principio, expuesta la violación por fuerza o intimidación (supuesto de violación propia, real o genuína), tratamos seguidamente los casos que consideramos violaciones de prevalimiento por entender, según venimos razonando, que en los casos que vamos a estudiar el bien jurídico lesionado o puesto en peligro, no es la libertad del sujeto pasivo, aunque el legislador los haya colocado sistemáticamente bajo la rúbrica «Delitos contra la libertad sexual».

En las violaciones de prevalimiento, según también hemos apuntado, lo que se protege es la intangibilidad o indemnidad sexual de las personas que se encuentren en las situaciones orgánicas o psíquicas que el legislador ha descrito, siendo propósito del legislador aislarlas o protegerlas del acceso carnal respecto de ellas pretendido.

**a) *Violación con persona privada de sentido.***

La reforma ha modificado la anterior redacción del Código penal, cambiando en el primer inciso del número dos del artículo 429 la palabra «mujer» por la palabra «persona» con lo que se amplía el sujeto pasivo en este delito, que como venimos diciendo tanto puede serlo una mujer como un varón; también ha sido alterada la vieja redacción anteponiendo la violación sobre persona privada de sentido a la que se realiza abusando de la enajenación de la víctima, modificación ésta que nos parece carece de toda trascendencia.

Los criterios para la interpretación de la expresión «privada de sentido», son los mismos utilizados antes de la reforma. Con dicha expresión se alude al estado de inconsciencia que priva transitoriamente de la percepción del mundo exterior; se suele precisar que no es un estado de morbilidad, por lo que no tiene necesariamente que ser consecuencia de perturbaciones psíquicas, aunque la influencia de las mismas también es posible. La doctrina no es ajena a un cierto paralelismo con la distinción que en materia de imputabilidad se establece entre la enajenación y el trastorno mental transitorio<sup>46</sup>: la privación de razón equivale a la enajenación y, la falta de sentido se corresponde con el trastorno mental transitorio. Poco importan las causas por las que se haya llegado a la situación de inconsciencia, pues lo decisivo es que la víctima esté privada de la capacidad de querer y conocer por lo que de manera alguna será capaz de prestar su consentimiento al acceso carnal. La razón del castigo de esta forma de violación no es otra, que el deseo del legislador de salvaguardar a las personas frente a situaciones de absoluta indefensión, tratando de impedir que se abuse de ellas.

La privación de sentido puede haber sido aprovechada por el autor abusando de la persona que encontró desmayada, anestesiada, narcotizada, etc., o puede haber sido provocada por el propio agente; en este segundo supuesto, sin perjuicio del posible concurso con un delito de lesiones por menoscabo de salud física o mental de la víctima, algunos autores<sup>47</sup> proponen que el hecho se castigue más severamente, por la mayor perversidad desplegada, creando al efecto los correspondientes subtipos. La reforma no ha tomado en cuenta estas consideraciones, lo que parece acertado, ya que la pena material ante el mayor desvalor del acto y de la conducta, puede conseguirse por el juego de las circunstancias generales.

Con acierto la doctrina<sup>48</sup> excluye los casos en que es la propia víctima la que voluntariamente provoca su inconsciencia, por el motivo que sea, bien para liberarse de prejuicios, o incluso para facilitar el acceso carnal, (puede pensarse en supuestos de anormalidades orgánicas y psíquicas causantes de tactismos y vaginismos); en estos supuestos no cabe hablar de violación, porque el acceso carnal es consentido, aunque el consentimiento fuera prestado con anterioridad al momento de llevarse a cabo el propio acceso carnal.

46. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 640.

47. GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro. El Código penal de 1870 concordado y comentado. Tomo V. Salamanca 1893, cit. pág. 93.

48. GONZALEZ RUS. La violación en el Código penal español, cit. pág. 642.

También se cuestiona sobre si es posible la violación durante el sueño fisiológico, haciendo equivalente tal estado al de la privación de sentido. Está fuera de duda que si el acceso carnal se consiguió en tal estado la conducta quedará cumplida y podrá entenderse cometido el delito. Este es el parecer de GONZALEZ BLANCO,<sup>49</sup> para quien el sueño equivale a la privación de sentido; en consecuencia, según dicho autor, el acceso carnal con persona dormida constituiría violación consumada.

Más que dudar de que tal supuesto sea violación, lo que se discute es que tal conducta pueda consumarse con una persona durante el sueño fisiológico; algunos adoptan una postura intermedia negando la posibilidad si la víctima era virgen admitiéndola, en cambio, con mujeres habituadas al trato sexual. En general se niega la posibilidad de consumir la violación en tal estado y se admite la tentativa, pues en los supuestos que aporta la casuística penal, casi siempre se trata de intentos de acceso carnal con mujeres dormidas, pero que se despertaron por las maniobras eróticas de su atacante, prorrumpiendo en gritos y demandas de auxilio, impidiendo la consumación del acto.

También suele considerarse la hipótesis de la hipnosis, cuestión aún más debatida, ya que la medicina no es concorde en cuanto al alcance y profundidad del sueño hipnótico, ni de los actos que bajo su influjo se pueden llevar a cabo sustituyendo el hipnotizador la voluntad del hipnotizado; ahora bien, parece desde el punto de vista del derecho sustantivo, que si llegara a probarse que el acceso carnal tuvo lugar bajo el sueño hipnótico, estando el sujeto pasivo privado de sentido por dicha causa, habría que entender consumada la violación, por lo que el problema queda también reducido a una cuestión de hecho, sometida a la apreciación y valoración de los Tribunales.

La ingestión de alcohol en la cantidad precisa, además de embriaguez, puede determinar la privación de sentido de la víctima; tener acceso carnal en esta situación sería violarla. Se precisa una embriaguez que exceda de la mera obnubilación y llegue hasta anular la capacidad de la víctima tanto para consentir como para oponerse.

Lo mismo puede afirmarse de los supuestos en que la privación de sentido haya sido producida por anestésicos, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Entre las drogas cabría citar como

---

49. GONZALEZ BLANCO, Alberto. Delitos sexuales en la doctrina y en el Derecho positivo mexicano, 2ª ed. México 1969, cit. pág. 167.

muy específica la denominada «éxtasis» o droga del amor descrita como potente afrodisiaco. Lo decisivo es que la víctima a consecuencia de tales ingestas resulte privada de sentido y que en tal situación se lleva a cabo con ella un acceso carnal. Es preciso también, según antes exponíamos, que esa situación no se haya buscado de propósito por la persona que soporta el acceso, pues si lo hizo para desinhibirse de prejuicios, soportar un yacimiento que rechazaría en estado lúcido o por cualquier otro motivo personal, la conducta del autor sería atípica por consentimiento anticipado al trato sexual propuesto por la otra persona. Por la misma razón la participación en bacanales y orgías con voluntaria aceptación del trato carnal pleno a que pueda llegarse, harán atípicos los accesos carnales que tengan lugar entre los asistentes, aunque el que los soporte en el momento del acto carnal se encuentre privado de sentido transitoriamente.

La doctrina agotando las hipótesis,<sup>50</sup> contempla la posibilidad de consecución de trato sexual, aprovechando el autor los desmayos y desvanecimientos que privan de sentido por poco tiempo, el estado de agonía sin lucidez y algunas manifestaciones de epilepsias. La solución es la apuntada; sea cualquiera la causa, si se acredita que el acceso carnal se llevó a cabo estando la víctima privada de sentido habrá violación.

Consideración algo más detenida merecen los *afrodixiacos*, bajo cuyo nombre se agrupan algunos fármacos y sustancias<sup>51</sup> a las que se atribuye capacidad de excitar e inducir incontinentemente al trato sexual. En los tiempos presentes —antes lo dijimos—, se habla del «éxtasis» o droga del amor, producto de la química de síntesis cuyo efecto, a más de afrodisiaco, se describe como ponteciador sexual.

Algunos atribuyen a los afrodisiacos una anulación de la capacidad de resistencia al impulso sexual, determinante de la entrega carnal, por lo que su empleo contra la voluntad del que se los ha hecho ingerir, se asimila al empleo de fuerza.

Otros admiten que los afrodisiacos pueden producir una sobreexcitación o exaltación de la libido, pero niegan que ello sea equivalente a la privación de sentido; para estos, la conjunción carnal conseguida con los afrodisiacos no puede calificarse de violación. La cuestión,

50. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 167.

51. MARTINEZ Z, Lisandro. Derecho penal sexual. Tomo I, Bogotá 1972, cit. págs. 300-303.

al igual que los otros supuestos específicos antes contemplados, nos parece que inciden más en la vertiente procesal que en la sustantiva; para su valoración tendrán decisiva influencia los peritajes médicos, más la ponderación de las circunstancias antecedentes, concurrentes y posteriores. Un hecho posterior a tener muy en cuenta en la apreciación de la prueba, es el momento en que se denuncia la violación: la inmediación entre la agresión y la denuncia inclinan a considerar aquella como verdadera, mientras inducen a lo contrario los hechos largo tiempo silenciados, tardíamente denunciados, mantenidos como en conserva.

**b) Acceso carnal con otra persona abusando de su enajenación.**

Este supuesto, introducido por la reforma de 1989, tiene su antecedente en la Propuesta de 1983, que en su artículo 170 disponía: «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*».

Según la nueva redacción del número 2 del artículo 429 del Código penal, para incurrir en la cuarta modalidad de violación (las tres primeras son: por fuerza, por intimidación y con persona privada de sentido), se precisa, además del acceso carnal, *abusar de la enajenación del sujeto pasivo*.

Para que pueda empezar a hablarse de esta clase de violación es preciso que la persona con quien se tiene el acceso carnal, esté enajenada; luego habrá que probar que el acceso fue conseguido, además, abusando de dicha enajenación.

El artículo 429, 2.º del Código Penal en el texto derogado calificaba de violación, simplemente, «el yacimiento con mujer privada de razón»; ahora se habla de acceso carnal con persona «enajenada», con cuyo cambio terminológico la designación de la enfermedad mental se acomoda al lenguaje que es tradicional en el Código penal, el cual, al determinar las causas de inimputabilidad, declara exento de responsabilidad criminal al «enajenado» (artículo 8,1). Desde el punto de vista de la ciencia psiquiátrica tan impreciso es un término como otro, pero gracias a esa imprecisión que don ROMAN ALBERCA<sup>52</sup> no repudia-

52. ALBERCA LLORENTE, R.; VALENCIANO GAYA, L.; SANCHEZ-PEDREÑO, J.; ROS DE OLIVER, B. «Psiquiatría y Derecho penal», con estudio preliminar de MARINO BARBERO SANTOS, Editorial Tecnos, 1965, cit. pág. 45, «a veces el lenguaje impreciso dice más que el preciso».

ba, se permite albergar en el término «enajenación» la variedad de enfermedades psíquicas que estudia la Medicina, con repercusión evidente en la aplicación del Derecho penal.

No encontramos inconveniente en asignar el mismo contenido al término «enajenación», que emplean tanto el número 1º del artículo 8 como el número 2 del artículo 429. Ambos contenidos deben ser los mismos y desde esta perspectiva la reforma merece alabanza, pues permite aprovechar las declaraciones jurisprudenciales formuladas en la determinación sobre lo que ha de entenderse por «enajenación», aunque tales declaraciones hayan sido hechas en perspectiva de valoración de imputabilidad. De igual opinión son ORTS BERENGUER<sup>53</sup> y MUÑOZ CONDE<sup>54</sup>. Según éste último «por *enajenación* habrá que entender situaciones similares a las que determina la exención de responsabilidad contemplada en el artículo 8,1ª; es decir la enfermedad mental en un sentido amplio, incluyendo también en ella la oligofrenia y todas aquellas otras alteraciones de la psique que ponen al sujeto en situación de inimputabilidad. Pero hay que tener en cuenta que en este caso es preciso además, que la «enajenación» afecte a la capacidad para autodeterminarse en el ámbito sexual, con conocimiento del significado de los actos de este tipo... se plantean al juzgador, en algunos casos, conflictos límites que deben ser resueltos más con ayuda de criterios sociológicos que psicológicos o psiquiátricos. En ningún caso debe ser suficiente con un determinado diagnóstico, «test» de inteligencia, etc., sino que debe valorarse el comportamiento del sujeto pasivo en el contexto y en relación también con las peculiaridades de la conexión que tenga con el ofendido (relaciones de noviazgo, amistad, matrimonio, etc.)...».

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

Como expone LUZON CUESTA,<sup>55</sup> «el concepto de enajenación o enfermedad mental corresponde al campo de la psiquiatría, en el que suelen establecerse cuatro grandes grupos fundamentales de trastornos psíquicos: I. Estados deficitarios permanentes, congénitos o pre-

53. BOIX, ORTS y VIVES, La reforma penal de 1989, cit. pág. 146.

54. MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCIA ARAN, La reforma penal de 1989, cit. pág. 35.

55. LUZON CUESTA, José María. Compendio de Derecho penal. Parte General, 4ª ed., Dykinson, Madrid 1990, cit. pág. 150 y 151.

cozmente adquiridos: Oligofrenia. II. Trastornos psíquicos cualitativos, siempre patológicos, que pueden ser de causa interna (psicosis endógenas) o externa (psicosis exógenas). III. Trastornos psíquicos preferentemente desencadenados por vía psíquica: reacciones psicogenéticas, que pueden ser individuales (como las neurosis y las histerias) o colectivas (como las epidemias psíquicas). IV. Desarmonías psíquicas cuantitativas, permanentes, con carácter hereditario: psicopatías». El Tribunal Supremo ha tenido múltiples ocasiones de pronunciarse sobre las diversas enfermedades mentales. Así, siguiendo el autor citado,<sup>56</sup> en cuanto a la oligofrenia, aunque en sentido estricto no es una enajenación, ni una enfermedad, se la incluye unánimemente en aquél concepto cuando se trata de imbecilidad o idiocia. Basándose en la psicometría y test de personalidad e inteligencia, se califica de *idiocia*, cuando la edad mental es inferior a cuatro años y el coeficiente no excede del 25% de la normalidad; *imbecilidad*, entre cuatro y ocho años y coeficiente entre el 26 y 60%. *Debilidad mental*, entre ocho y once años y coeficiente entre el 51 y 70%; y, por encima de los anteriores sin llegar a la total normalidad, *torpeza mental*. En las dos primeras categorías, el sujeto es generalmente inimputable, mientras que lo son más o menos parcialmente, los *débiles mentales*, siendo imputables totalmente los simples *torpes*, pero destacándose que el grado de imputabilidad ha de ser determinado sujeto por sujeto y caso por caso (sentencia de 16 de julio de 1985, siendo ponente el Sr. HIJAS, con cita de las de 3 de abril y 30 de octubre de 1975 y 8 de abril de 1976, y sentencias de 27 de abril y 7 de octubre de 1987, ponentes Sres. VIVAS y MONER; 11 de julio de 1988, ponente Sr. MANZANARES).

En las *psicosis*, caso paradigmático de enajenación, siempre que su intensidad sea plena, estima el Tribunal Supremo la exención de responsabilidad, apreciando la atenuación cuando no alcance tal entidad, planteándose también el espinoso problema de los intervalos lúcidos, en que habrá de determinarse en cada caso, si proceda la exención total o parcial, siendo ésta la más frecuente solución.

Sobre las *neurosis*, la jurisprudencia suele excluirlas del concepto de enajenación, apreciando en ocasiones una situación de trastorno mental transitorio, y en otras una eximente incompleta.

Por último, respecto a las *psicopatías*, que no afectan directamente al entendimiento y a la voluntad, sino a la afectividad, el Tribunal Supremo rechaza la exención, en ocasiones, admite la atenuante, cuan-

56. LUZON CUESTA. Compendio de Derecho penal. Parte General, págs. 151 y 152.

do se presenta acompañada de otros trastornos, (sentencia de 19 de diciembre de 1985, ponente Sr. CASTRO PEREZ, con cita de abundantes sentencias; y sentencias de 27 de mayo, 3 de julio y 11 de noviembre de 1987, ponentes Sres. RUIZ VADILLO, JIMENEZ VILLAREJO y VIVAS; y 16 de febrero de 1988, ponente Sr. MONTERO; no obstante en sentencia de 29 de febrero de 1988, ponente Sr. JIMENEZ VILLAREJO, se reconoce que la cuestión no está cerrada y recuerda que en la Novena Revisión de la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales, realizada por la Organización Mundial de la Salud, se incluyen las psicopatías entre los trastornos mentales). Lo que en definitiva importa, es que se acredite la incapacidad de la víctima para percibir con conciencia exacta el mundo que la rodea y su propio comportamiento dentro de él. La anomalía psíquica en su valoración jurídica, como integrante del concepto de enajenación se identifica, en su forma más simple de expresarla, con la alteración relevante de la capacidad de entender y de querer del sujeto.

Según la fórmula aceptada por la reforma, no basta con la enajenación para que el hecho pueda calificarse de violación, siendo preciso, además del acceso carnal con persona enajenada, que dicho acceso se consiga abusando de la enajenación del sujeto pasivo.

La reforma de 1989 ha seguido en este punto al Proyecto de 1980 y a la Propuesta de 1983. La doctrina venía criticando desfavorablemente la derogada redacción del número dos del artículo 429, en cuanto consideraba violación el yacimiento con mujer «privada de razón», sin ningún paliativo; se alegaba en contra: a) que la tajante redacción hacía intangibles o intocables al trato sexual a los enajenados, dado la grave pena con que se conminaba el yacimiento con ellos, y b) que la jurisprudencia había sido excesiva en la interpretación psiquiátrica de la enajenación, conforme a la cual podía resultar sujeto pasivo de violación toda mujer afectada de una enfermedad psíquica, aunque tuviera conocimiento del alcance del yacimiento y fuera capaz de consentir en él.

Sin embargo, no todos estaban de acuerdo en la redacción que debía sustituir al viejo texto. ORTS BERENGER y también OCTAVIO DE TOLEDO,<sup>57</sup> entendían que la fórmula «abusando de la enajenación»,

---

57. ORTS BERENGUER, Enrique. El delito de violación. Universidad de Valencia. Colección de Estudios del Instituto de Criminología. Serie Minor, cit. pág. 104.

OCTAVIO DE TOLEDO-CASAS. Los delitos contra los intereses individuales en la PANCP, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ponencia presentada a las jornadas de profesores de Derecho penal celebrada en Segovia en 1984, págs. 85-87, 95-96.

no garantizaba suficientemente el ejercicio de la sexualidad de aquellas personas que, a pesar de su anomalía psíquica, pudieran ser conscientes de la naturaleza del acto, pues fácilmente se tendería a sacar la conclusión de que el acceso carnal con persona enajenada, se produce siempre con abuso de tal situación de debilidad. Por ello OCTAVIO DE TOLEDO-CASAS,<sup>58</sup> se mostraba partidario de la enmienda comunista 1.022 al Proyecto de 1980, que proponía mantener el término «privación de razón» adicionado con la concreción «privada por completo de razón». Para los casos en que se abusara de la enajenación de una persona que no pudiera considerarse privada por completo de razón, proponía mantener la redacción comunista y ampliar las figuras de estrupo, considerando como tal los supuestos de abuso de enajenación, sin límite de edad. Publicada la reforma, JOSE AUGUSTO DE VEGA RUIZ,<sup>59</sup> discrepa de la misma en el punto expresado y dice que estaría «en todo caso con la enmienda del partido comunista, número 1.022, al Proyecto de 1980, ...que pretendía la expresión «privada por completo de razón», y ello por su creencia de que siempre que se tiene acceso carnal con una persona enajenada se abusa de la situación en que ésta se encuentra, más la afirmación de «que la privación de razón es un concepto genérico más amplio que el de enajenación, lo que permitiría que los Tribunales en cada caso concreto pudieran determinar el verdadero estado anímico de la víctima».

En general, la sustitución de la expresión «privación de razón», por el término «enajenación», con referencia a los indicados Proyectos de 1980 y Propuesta de Anteproyecto de 1983, no fue del agrado de todos, pues algunos,<sup>60</sup> calificaron tal sustitución de inconcreta, aunque en general, dice DIEZ RIPOLLES,<sup>61</sup> el cambio fue saludado por la doctrina, como más adecuado, por un lado, por la unificación terminológica y conceptual con los restantes supuestos que en nuestro Código aluden a situaciones similares. Según este autor,<sup>62</sup> «es aceptado el cambio terminológico, que va a obligar a la jurisprudencia a dirigir la vista a su propio proceder cuando aplica el artículo 8, 1.ª, dada la utilización del mismo término, con lo que, si la jurisprudencia quiere ser consecuente consigo misma, habrá de cesar en sus interpre-

58. OCTAVIO DE TOLEDO-CASAS, Los delitos contra los intereses individuales en la PANCP, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, págs. 86-87, 95.

59. VEGA RUIZ, José Augusto de.- Los delitos contra la libertad sexual en la L.O. 3/89, de 21 de Junio, especial consideración de la violación, en Poder Judicial, número Especial XII, cit. págs. 36.

60. ORTS BERENGUER, El delito de violación, cit. pág. 102.

61. DIEZ RIPOLLES, José Luis. La reforma del Derecho penal sexual y la propuesta de 1983, en Documentación jurídica, números 37-40, cit. págs. 468-469.

62. DIEZ RIPOLLES. La reforma del Derecho penal sexual, cit. pág. 469.

taciones excesivas, en especial a través de la inclusión de la *deficiencia mental*, tan criticada por la doctrina. Por lo demás la remisión al artículo 8, 1.<sup>a</sup>, es lo que ésta venía pidiendo ya de «lege data».

Publicado el nuevo texto, MUÑOZ CONDE,<sup>63</sup> opina que debe valorarse positivamente la sustitución de la expresión «privada de razón» por la de «abusare de su enajenación» en el número dos del artículo 429. A su juicio el empleo ahora de los términos «enajenación» y «abuso» delimitan con mayor claridad los términos de este apartado, haciéndose eco de que con ello se corrige la excesiva exigencia del texto derogado, conforme al cual, aunque no tuviere por completo anulada su capacidad para autodeterminarse libremente en el ámbito sexual, o el sujeto activo del acceso tuviera la relación sexual sin abusar de esta situación, el hecho había de ser inculminado de violación.

También para ORTS BERENGER,<sup>64</sup> la sustitución operada en el inciso segundo del número dos del artículo 429, es uno de los pocos cambios afortunados que el legislador ha imprimido al artículo 429. El motivo de su alabanza es el ya expuesto de posibilitar las relaciones sexuales a las personas que aunque enfermas mentalmente sean capaces de determinarse en el ámbito sexual, permitiéndoles el ejercicio «de tan vital faceta que adecuadamente encauzada podría redundar en una mejoría de su estado de salud, o cuando menos, en una pequeña satisfacción compensatoria de su enfermedad. La reciente configuración del número dos no representa un freno absoluto para que el enajenado ejercite su sexualidad, habiéndose conferido a su consentimiento un cierto margen de validez».

MARCHENA GOMEZ,<sup>65</sup> aunque considera más certero el vocablo «enajenación» que el de «razón» anteriormente vigente, entiende que no es aceptable una incondicional identificación entre la enajenación del número dos del artículo 429 y la «enajenación o trastorno mental transitorio» aludidos en el artículo 8, 1.<sup>a</sup>, al reglamentar la inimputabilidad mental. Los matices formulables entre la capacidad para consentir o rechazar un ofrecimiento sexual aconsejan, según dicho autor, no dar la espalda a la eximente, más tampoco transmutarla en bloque, tal y como hoy se formula, para reconocer o negar la indispensable capacidad de auto-determinación en la espera sexual. Salvo estos re-

63. MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCIA ARAN. La reforma penal de 1989, cit. pág. 35.

64. BOIX, ORTS y VIVES, La reforma penal de 1989, cit. pág. 146.

65. MARCHENA GOMEZ, Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal, en «La Ley», n.º 2.504.

paros y algunos otros, no deja MARCHENA de elogiar la utilización del giro «abusando de la enajenación», en cuanto, de una parte, supone la exigencia de que el sujeto activo se aproveche de la víctima y de otra, el legislador está reconociendo la posibilidad de una sexualidad aceptada por las personas que adolezcan de un estado psíquico enfermizo.

Coincide con esta última apreciación la que hace la Circular número 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, según la cual «es de notar que ya no se trata de hacer incapaces para la relación sexual a los enajenados, convirtiendo en delito cualquier trato sexual con ellos por la objetividad de su estado psíquico, sino que admitiéndolos a una sexualidad libremente consentida (dentro del área de la libertad que cada enajenado conserve), lo que se pretende es facultar la *indemnidad* del bien jurídico de la libertad sexual, protegiendo a estos sujetos, cuya indefensión es mayor, contra las manipulaciones que se produzcan por parte de terceros, que pretendan aprovechar tal indefensión, para imponerles un acceso carnal que de otro modo aquellos no admitirían».

La determinación de que deba entenderse por *abuso*, sin duda alguna, es una cuestión de apreciación, o valoración de la prueba, que corresponde al Tribunal.

En su significación gramatical «abusar» es usar mal o indebidamente de una cosa. Según ORTS BERENGER,<sup>66</sup> es este el propio sentido que ha de darse a la exigencia legal, entendiendo «que abusar de la enajenación es usar mal, injustamente, de alguien que sufre una enfermedad del espíritu, que le incapacita para captar el significado y los alcances del acto de índole sexual que con el se ejecuta».

La reforma está haciendo directísima referencia a un acceso carnal de prevalimiento, en el que éste se consigue propiciado por la enajenación mental que afecta al sujeto pasivo. Por ello es perfectamente comprensible la opinión de los que<sup>67</sup> para estos supuestos, han propuesto fuera creada una modalidad de estupro sin límite de edad, reservando el delito de violación para los supuestos en que la víctima esté por completo privada de razón. Quedaría así estupro de prevalimiento, sin limitación de edad, para los supuestos de sujetos pasivos con deficiencias psíquicas incluíbles en la eximente incompleta de ena-

66. BOIX, ORTS y VIVES, La reforma penal de 1989, cit. pág. 146.

67. OCTAVIO DE TOLEDO-CASAS, Los delitos contra los intereses individuales en la PANCP, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cit., pág. 470.

jenación mental y violación, para los supuestos en que la salud mental de la víctima sea equivalente a la de los inimputables por enajenación mental.

El espíritu de la reforma parece encaminado a dar solución entre otros supuestos, al más numeroso de los accesos carnales con débiles mentales, en los que las presuntas víctimas, de ordinario desinhibidas de tabúes sexuales por su propia constitución somática, facilitan de alguna manera el acceso carnal con ellas. En una recta interpretación del texto derogado, la violación por yacimiento con mujer privada de razón exigiría la *total privación de razón de la víctima*, (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1949); si la privación de razón no era total la imputación debería disminuirse a la de delito de estupro por prevalimiento. Pero téngase en cuenta que esta calificación sólo es factible en el caso de que el sujeto pasivo fuera menor de dieciocho años, pues de haber cumplido esta edad quedaría fuera de la protección penal.

Ante la coyuntura de declarar atípicos estos supuestos intermedios y por ello impunes la jurisprudencia ha venido incluyendo en el término «privación de razón», no sólo los supuestos de privación total, sino también los de privación relativa.<sup>68</sup> Según la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1973, «el término hallarse privada de razón, significa relatividad en referencia con la capacidad necesaria en cada caso y decisión, por lo que, en consecuencia, no es tan absoluto el precepto que sólo pueda aplicarse en los casos en los que la imbecilidad o idiocia plena, sino que se extiende a otros en que por la enfermedad que se padece no posee el sujeto pasivo la lucidez necesaria para conocer el alcance y trascendencia del acto deshonesto que ejecuta», aunque, añade la sentencia de 23 de mayo de 1978, «la tenga para otros actos de la vida de relación laboral o doméstica».

Hasta tal punto es rigurosa la jurisprudencia en los supuestos de deficiencia mental aludidos, que llega a estimar la falta de razón y por consiguiente el delito de violación, en el caso de mujer con edad mental estimada en diez años, que ya tenía un hijo y que conocía por consiguiente, el alcance fisiológico del acto carnal, pero cedía fácilmente ante la sugestibilidad y el halago, (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1978).

---

68. GONZALEZ RUS. La violación en el Código penal español, cit. págs. 632 y 633.

Según GONZALEZ RUS,<sup>69</sup> así como «no hay dudas sobre la admisión de la idiocia, imbecilidad y psicosis lo que no hay es norma a que atenerse cuando se trata de *debilidad mental*». Y ello a pesar que desde la sentencia de 4 de marzo de 1935, el Tribunal Supremo viene determinado los grados de oligofrenia según la relación edad mental-edad cronológica, como sigue: *idiotismo*, si la edad mental es menor que la corresponde a un niño menor de siete años; *imbecilidad*, si está comprendida entre siete y nueve años; *debilidad mental*, cuando es superior a los nueve años, pero inferior a la edad cronológica de la mujer.

A pesar de esta clasificación, la jurisprudencia casuísticamente se muestra contradictoria, de tal manera que en ocasiones considera privada de razón a mujer con edad mental de ocho o nueve años, mientras que la sentencia de 3 de enero de 1949 estimó que una mujer con edad mental de ocho años tenía capacidad suficiente para prestar consentimiento libre y voluntario.

La contradicción todavía es más acusada en los supuestos de yacimientos con mujeres de edad mental de diez años, consideradas en unos casos privadas de razón y en otras sentencias capaces de consentir. En ocasiones el Tribunal Supremo ha considerado sujetos pasivos de violación a mujeres de las que predicaba simplemente padecer «retraso o debilidad mental».

Pues bien, para estos supuestos de retraso o debilidad mental y, en general para todos los casos de enajenación mental incompleta, la reforma abre la posibilidad de que los tribunales los declaren atípicos sobre la base de que no hubo en ellos abuso de la enajenación de la pareja. De este modo los Tribunales no tendrán que acudir, como en alguna ocasión lo han hecho, a calificar de violación cometida por imprudencia temeraria, casos en los que en realidad se trataba de yacimientos con mujer *débil mental*, que sin embargo en las relaciones laborales e interpersonales venía desenvolviéndose con aparente normalidad; era precisamente en esta apariencia de normalidad en la que el Tribunal fundamentaba el supuesto error (vencible) padecido por el autor, que había actuado en la creencia de que su pareja era una persona psíquicamente normal.

Es evidente que se ha producido en este punto un cambio transcendente. Frente al Derecho derogado que consideraba violación el

---

69. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 634.

yacimiento con mujer «privada de razón», el nuevo texto aprecia la violación solamente «cuando se abusare de la enajenación de una persona».

Conforme el texto derogado, se exigía que la privación de razón fuera *absoluta*; la jurisprudencia había concretado esta exigencia, «en que la mujer, por su *debilidad mental* presentara una sexualidad suprimida de su conciencia, debido a una anulación madurativa de sus impulsos sexuales que, en definitiva, provocan una falta de conocimiento sobre el alcance moral del acto sexual, (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Mayo de 1987)». Se hacía, pues, descansar toda la cuestión en el hecho de que el presunto sujeto pasivo de la violación tuviera o no «conocimiento del alcance moral del acto sexual», cuyo hecho quedaba sujeto a la libre apreciación del Tribunal que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determinaría en cada caso, por el conjunto de la prueba practicada, si el sujeto pasivo había podido o no discernir el alcance del acto sexual.

Los mayores problemas los plantea la *oligofrenia* que, como es sabido, produce «un desfase entre la edad cronológica o biológica y la edad mental, dando origen a diversos estados morbosos, que tradicionalmente se han denominado, *idiocia, imbecilidad, debilidad mental y torpeza mental*, según su coeficiente de inteligencia sea inferior al 0'25, al 0'50, al 0'70 y por encima del mismo (sin alcanzar el 1), siquiera las anteriores categorías han sufrido un proceso de revisión, al que diversas asociaciones americanas de deficientes mentales, de psiquiatría o de educación, nombran de *retraso o deficiencia mental* distinguiendo el *ligero, moderado, severo o profundo*, y la Organización Mundial de la Salud se refiere a la *subnormalidad mental, ligera* (coeficiente intelectual entre 50 y 70), *moderada* (coeficiente intelectual entre 35 a 50), *severa* (coeficiente intelectual de 20 a 35) y *profunda* (coeficiente intelectual de menos de 20); porque en definitiva y conforme al entorno tradicional, sería nula su repercusión penal, *imputable* en los dos primeros supuestos, mayoritariamente *disminuida* aunque se capte el sentido ilícito de los actos delictivos que sean transcendentales en el tercero, e *imputables* los derivados de torpeza mental, si no se asocian a otras enfermedades que potencien aquel déficit psíquico». (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Mayo de 1987).

Conforme a la normativa anterior a la reforma de 1989, si la privación de razón no era *total* y la persona ofendida fuera mayor de doce años y menor de dieciocho, el acceso carnal habría de ser calificado

de estupro de prevalimiento. El nuevo texto —según venimos repitiendo— requiere para que el hecho pueda ser calificado de violación que el acceso carnal se lleve a cabo *abusando de la enajenación del sujeto pasivo*. La determinación de la circunstancia de si hubo o no abuso de la enajenación del sujeto pasivo es también una cuestión de hecho sujeta a la apreciación del Tribunal. Me parece que esta determinación habrá de entrañar graves dificultades; probada la enajenación el Tribunal habrá de preguntarse si el sujeto pasivo, de haber estado en su sano juicio, habría también consentido el acceso carnal compartido con él. Nos parece que la pregunta tendrá que ser contestada negativamente en los supuestos de *idiocia e imbecilidad*, por carecer el sujeto pasivo absolutamente de capacidad para consentir. Si se trata de *debilidad mental o torpeza mental*, habrá de resolverse apreciando en principio capacidad para consentir y luego, según las circunstancias, tendrá que determinarse si en el caso concreto hubo o no abuso de la enajenación que la víctima padecía. La circunstancia de que el hecho haya sido denunciado y perseguido serán indicio de que para los denunciantes se abusó sexualmente del sujeto pasivo, presuponiendo que de no haber sido por su deficiencia psíquica no hubiera consentido. Nos parece que los procesos que en el futuro se sigan sobre violaciones es posible que se enfoquen con esta óptica; para mantener la acusación bastará con probar que la presunta víctima era persona psíquicamente deficiente; para condenar habrá, además, que probar que se abusó de la enajenación del sujeto pasivo, o lo que es igual, demostrar que si el sujeto pasivo hubiera gozado de la plenitud de sus facultades psíquicas se hubiera opuesto al acceso carnal.

**c). Acceso carnal con persona menor de doce años cumplidos.**

En el número 3 del artículo 429 del Código penal se castiga a «el que tuviese acceso carnal con otra persona sea por vía vaginal, anal o bucal, cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriese ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores».

Este número ha permanecido con la misma redacción que tenía antes de la reforma. La Propuesta de Anteproyecto de 1983, mantenía también la misma redacción.

En general la doctrina no polemiza sobre el límite de edad que contiene dicho número 3. Sobre lo que si comienzan algunos autores a apuntar es, sobre la conveniencia de que la presunción «*iuris et de iure*» que contiene el precepto se flexibilice y abra paso a las posibles

excepciones. Así, según DIEZ RIPOLLES<sup>70</sup> «conviene hacer notar la creciente preocupación doctrinal por solventar los casos en que cabe apreciar en un menor de doce años la capacidad para ejercer su libertad sexual, negándose a aceptar los autores la situación derivada del límite de edad establecido. Así, en aras de una mayor justicia, CARMONA SALGADO y POLAINO NAVARRETE han propuesto convertir la privación “iuris et de iure” del número 3, del artículo 429 en una presunción “iuris tantum”, y sin que ello suponga abandonar el sistema del límite fijo de edad con criterio general». DIEZ RIPOLLES<sup>71</sup>, no cree sin embargo, «que haya apoyo de “lege data” que permitan tal cosa, ni los autores citados aluden a otra cosa que a plausibles razones de justicia material las cuales no aparecen suficientes para hacer una modificación interpretativa».

Varias son las razones que según la doctrina fundamentan el número 3 del artículo 429. En justificación del mismo ha sido alegado el criterio de la *fuerza presunta* considerando violento todo acceso carnal mantenido con persona menor de doce años, por la presunta imposibilidad de consentir en que se encuentran tales personas. Tal presunción es una ficción legal pues como dice un autor<sup>72</sup> «no es exacto que todos los menores de esa edad sean incapaces de consentir, como tampoco lo es que al cumplirla adquieran una plenitud que les permita comprender la transcendencia del acto que realizan. Tampoco es verdad que el acceso con ellos verificado sea violento. Lo que sucede es que el legislador, artificiosa, convencionalmente, se enjuicia a sí mismo y fija un límite, conforme a una estimación arbitraria de edad, en torno a la cual cree que el menor requiere una protección especial».

No es ajena a la razón de ser de referido precepto, la preocupación que engendra la posibilidad de que alguien mantenga trato carnal con otra persona en tanto ésta no haya alcanzado la madurez orgánica y psíquica, que le permitan el trato carnal sin daño para su normal desarrollo orgánico y psíquico. Por ello, aunque esta modalidad de violación sistemáticamente se abriga bajo la rúbrica «De los delitos contra la libertad sexual», no es esta libertad el bien que aquí aparece jurídicamente protegido; lo que con el precepto comentado se trata de conseguir es una protección especial al ser humano en los primeros estadios de su desarrollo, para evitar conductas que se consideran per-

70. DIEZ RIPOLLES, La reforma del Derecho penal sexual y la Propuesta de 1983, cit. pág. 472.

71. DIEZ RIPOLLES, La reforma del Derecho penal sexual y la Propuesta de 1983, cit. pág. 472.

72. MARTINEZ Z., Derecho penal sexual, I, cit. págs. 263-264.

judiciales para él. Entonces, dice GONZALEZ RUS<sup>73</sup>, «el interés jurídicamente tutelado es lo que CONTIERI denomina *«Intangibilidad sexual de las personas menores de doce años»*».

La Propuesta de Anteproyecto de 1983, aceptó análogo criterio, aludiendo sus autores tanto a la libertad sexual como a la indemnidad sexual, rotulando, en definitiva, el Título VI de su Libro II, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», según ya expusimos.

Entre los que se han preocupado de la cuestión, COBO DEL ROSAL<sup>74</sup> considera más adecuado el empleo de la expresión *«indemnidad»* que el de *«intangibilidad»* para expresar la especial protección con la que el legislador quiere favorecer a las personas que se encuentran en determinada situación, castigando severamente el trato sexual con ellas, aunque sea con su consentimiento.

Resultaría así, que en estos casos, lo que se protege no es la libertad sexual, sino el derecho de las personas protegidas a no ser utilizadas para la satisfacción sexual de otros; en esencia lo que se pena es el trato sexual con las personas indicadas, por lo que parece certero que se hable de protección a la *«indemnidad sexual»* de ciertas personas o de la *«intangibilidad sexual»* de las mismas, pues aparecen como *«intocables»* en el área sexual.

## 5.— Antijuricidad.

La única causa excluyente de la antijuricidad a considerar en el delito de violación, sería la de «obrar en el ejercicio legítimo de un derecho» (número 11 del artículo 8 del Código penal), tema que se relaciona con la cuestión de si es posible la violación de la propia esposa por su marido. De esta cuestión nos ocupamos al estudiar el apartado correspondiente al sujeto pasivo y a lo dicho allí nos remitimos. Sin embargo, además de lo ya expuesto, es preciso concretar, que si en los supuestos de violación real o propia cabe perfectamente que el marido incurra en la misma, cuando consiga el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) con la propia esposa, mediante el uso de fuerza o intimidación, no ocurrirá lo mismo si el acceso carnal tuviera lugar estando la esposa privada de sentido o cuando se abusare de su enaje-

73. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 692.

74. COBO DEL ROSAL, en «Comentarios a la legislación penal», tomo II, cit. pág. 452.

nación. GONZALEZ RUS<sup>75</sup> entiende, que en estos últimos supuestos la antijuricidad de la conducta no existiría, no tanto porque el acceso carnal con la esposa sea un derecho (el que se tiene al débito conyugal), cuanto porque, dice, «no puede hablarse de que un marido se aproveche de las especiales circunstancias en que se encuentra su esposa, pues, su misión como cónyuge es precisamente la contraria: La de socorrerse y ayudarse mutuamente».

Nos parece, atendida la generalidad de los términos en que está redactado el número 2 del artículo 429, que la esposa, por el hecho de serlo, no puede ser de peor condición que las demás personas, por lo que sería discriminatorio privarla de la *indemnidad o intangibilidad* con que el legislador ha querido proteger la libertad sexual de las personas privadas de sentido o enajenadas.

Puesto que según expusimos en el apartado correspondiente, después de la reforma el sujeto activo del delito de violación pueden ser tanto el hombre como la mujer, resulta evidente que todo lo predicado respecto a la posibilidad de que el marido pueda violar a la propia esposa, cabe también referirlo a ésta que, en consecuencia, puede resultar autora de la violación de su marido, en los casos antes referidos.

## 6.— Culpabilidad.

Ninguna especialidad plantea la *imputabilidad* (primer elemento de la estructura de la culpabilidad) en relación con el delito de violación. No existirá cuando concurra alguna de las causas de inimputabilidad previstas en los números 1º, 2º y 3º, del artículo 8 del Código penal.

En relación con el *transtorno mental transitorio*, la doctrina se ocupa del alcance exculpatório que con referencia al mismo pueda tener la intensa excitación sexual en que el autor pueda encontrarse precisamente por la conducta de la víctima, que habiendo consentido e incluso participado complaciente en las caricias y tocamientos que suelen preceder al acceso carnal, en el último instante se niega al mismo desencadenando la agresión del autor. Dado el más amplio contenido que el delito de violación ha alcanzado en su nueva redacción, la hipótesis estudiada comprende no sólo el supuesto de que el autor sea un varón, sino también cuando el agente sea una mujer.

---

75. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 662.

En relación con esta situación, GONZALEZ RUS<sup>76</sup>, recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1964, en la que se dice: «Y en tal estado de exacerbación pasional en que la mujer colocó al hombre no puede exigírsele que éste reaccione ante la negativa de aquella a consumir el acto con la sensualidad de cualquiera otra persona en situación normal, y su responsabilidad penal ha de estimarse muy atenuada por culpa de la propia víctima, ora se aplique la atenuante 8ª del artículo 9º, ora la eximente incompleta de trastorno mental transitorio... pues los prolongados actos libidinosos de mañana y tarde, las bebidas alcohólicas y las semidesnudez de la mujer en la intimidad de una habitación tuvieron que nublar parcialmente la razón del hombre, para no respetar a la mujer que quiso detenerse en el camino de la lascivia y se oponía resueltamente al acto sexual».

Por la vía de la anterior argumentación será posible, incluso, llegar a la situación de inimputabilidad por apreciación del transtorno mental transitorio, que podría ser estimado como eximente de responsabilidad criminal al amparo del número 1º del artículo 8º del Código penal. Para los psiquiatras el transtorno mental transitorio sólo puede tener lugar si existe en el sujeto previamente una base patológica predisponente; en este sentido se manifiestan ALBERCA, LOPEZ GOMEZ y CODON y LOPEZ SAINZ<sup>77</sup>; de acuerdo con esta apreciación de la doctrina psiquiátrica si el sujeto padece, por ejemplo, de *satiriasis*, (incremento patológico del deseo sexual en el varón), bastarán estímulos sexuales aún de poca intensidad, para que aboque a una situación morbosa en al que devenga incapaz de controlar su conducta. Para la jurisprudencia no se precisa de la base patológica predisponente, bastando con que el transtorno mental exista al realizarse el hecho, producido por el choque psíquico de un agente exterior; en ambos supuestos lo que si se requiere es que tal situación no haya sido buscada de propósito, pues si lo hubiera sido estaríamos ante un supuesto de «*actio libera in causa*», que por disposición legal excluye el transtorno mental transitorio.

Respecto a las *formas de culpabilidad*, en la violación propia (por fuerza o intimidación), dado que se trata de un delito de tendencia, la forma de culpabilidad que le acomoda es la dolosa o intencional; el dolo del autor ha de abarcar la conciencia de actuar contra la voluntad de la víctima y el propósito de llevar a cabo el acceso carnal valiéndose de la fuerza o de la intimidación.

76. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 431.

77. Citados por LUZON CUESTA, Compendio de Derecho penal, Parte General, cit. pág. 153.

Tratándose de accesos carnales con personas privadas de sentido o abusando de su enajenación, requerirá el dolo el conocimiento de la situación anímica en que el sujeto pasivo se encuentra, más el propósito de llevar a cabo el acceso carnal con la víctima aprovechando o prevaliéndose de dicha situación, más la conciencia de la antijuricidad de la conducta que realiza.

Si el acceso carnal es con persona menor de doce años cumplidos, aunque no concurrieran ninguna de las circunstancias expresadas en los números 1 y 2 del artículo 429, el dolo del autor debe abarcar el conocimiento de la edad de la víctima y la voluntad de tener con ella acceso carnal.

La posibilidad de apreciar la segunda forma de la culpabilidad, o sea la violación por *culpa o imprudencia*, presenta también distintos matices según la clase de violación. Conviene aclarar, que después de la introducción en el Código penal del artículo 6 bis a), los problemas de la transmutación de la conducta de intencional a culposa por el juego del error, se han simplificado grandemente; el error que jugará en los supuestos de violación será el de *tipo*, a que se refiere el párrafo primero del indicado artículo; conforme a este precepto, habrá de hacerse aplicación del error cuando recaiga sobre un elemento esencial de la conducta analizada. La sentencia de 3 de Diciembre de 1979 ya había intuído esta solución, estableciendo que «el dolo propio de este delito (de violación), abarca no sólo el querer y el saber del yacimiento sino que debe comprender el conocimiento, por parte del agente, de los elementos normativos y descriptivos del injusto, debiendo el citado agente conocer o haberse percatado de que la mujer no consentía el coito o que no se hallaba en condiciones o con capacidad suficiente para consentirlo».

A propósito de la comisión de violación por culpa o imprudencia, la doctrina analiza la cuestión de si cabe la *cooperación por imprudencia* en el delito doloso de violación cometido por otro.

La polémica se planteó en torno a la crítica de una vieja sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Mayo de 1890. En esta sentencia fue condenada como cooperadora por imprudencia, la mujer que ordenó a la niña que estaba a su servicio se acostara todas las noches en la misma cama donde dormía un joven de veintidós años, que acabó violándola.

PUIG PEÑA<sup>78</sup>, transcribe la sentencia citada, pero no la comenta; ANTON ONECA<sup>79</sup>, que también recoge dicha sentencia, se limita a decir que generalmente es rechazado el concurso culposo en un delito doloso y sostiene la impunidad de quien por imprudencia puso una condición para que el sujeto doloso pudiera actuar. Por su parte, QUINTANO RIPOLES<sup>80</sup> y GONZALEZ RUS<sup>81</sup>, admiten sin obstáculo alguno la posibilidad de cooperación culposa al delito doloso del autor, pues según el citado en segundo lugar, «nada impide que una conducta voluntariamente imprudente sea la que posibilite la comisión dolosa de una violación» y cita en apoyo de esta afirmación la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 1977 que, insistiendo en el camino que ya marcara la de 30 de Mayo de 1890, admite como posible «la concurrencia de una cooperación culposa en una conducta dolosa del autor directo».

En los supuestos de acceso carnal con persona privada de sentido no existe obstáculo para admitir la imprudencia, haciendo aplicación del artículo 6 bis a), párrafo primero, siempre que habiendo podido conocer el autor la privación de sentido en que la víctima se encontraba, permaneció en el error por omitir aquella diligencia que le hubiera permitido vencerlo; si el error fuera invencible desaparecería también la imputación a título de dolo.

Si se trata de violación abusando de la enajenación de la víctima el dolo en este caso requiere, según antes se expuso, además del *conocimiento* de la enajenación del sujeto pasivo, que el acceso carnal se lleve a cabo *abusando* de esa enajenación. El error jugará sólo sobre el *conocimiento* de la enajenación, quedando eliminado cuando el error fuera invencible, o subsistiendo la imputación a título de culpa si era vencible (sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 15 de Octubre de 1931 y 2 de Julio de 1973); *el abuso de enajenación* es una conducta esencialmente intencional, un supuesto de dolo reduplicado que diría QUINTANO RIPOLES, incompatible absolutamente con una actuación culposa; esta exigencia ahora es explícita en la nueva redacción del número 2 del artículo 429, pero ya la venía exigiendo la jurisprudencia en aquellas sentencias en las que se declara que «la

---

78. PUIG PEÑA, Federico. Derecho penal, parte especial, tomo IV, 4ª ed., Madrid 1955, cit. pág. 31.

79. ANTON ONECA, José. Derecho penal, Tomo I, Parte general, Madrid 1949, cit. pág. 428.

80. QUINTANO RIPOLES, Antonio. Derecho penal de la culpa (Imprudencia), Barcelona 1958, cit. pág. 335.

81. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 441.

comisión dolosa requiere el *conocimiento y aprovechamiento* por el autor de la situación de evidencia de la privación de razón de la mujer», (sentencias de 2 de Julio de 1973, 15 de Febrero de 1974, y otras muchas). Deviene así el *aprovechamiento o prevalimiento* de la enajenación de la víctima en elemento subjetivo del justo y por ello incompatible con la imprudencia.

En la violación cometida con persona menor de doce años el autor tiene que conocer que la víctima aún no había cumplido dicha edad. Si alegara simple ignorancia sobre la edad del sujeto pasivo, la doctrina y también la jurisprudencia niegan cualquier efecto sobre el dolo a dicha alegación; en estos casos el autor debe seguir siendo imputado a título de dolo, pues su indiferencia o su falta de atención y diligencia lo hacen acreedor a tal reproche.

Distinto es el supuesto en el caso que se pruebe la concurrencia de error en el sujeto activo; en tal caso, la aplicación del artículo 6 bis a), párrafo primero dará lugar a que si el error era invencible no haya dolo, y si fuera vencible la imputación habría de hacerse como imprudente.

MORAS MON<sup>82</sup>, aprecia en este punto tres posibilidades de error: a), que el sujeto pasivo efectivamente represente más edad que la que realmente tiene y sea razonable pensar que el autor pudo resultar confundido; b), que el sujeto pasivo no represente sino una edad oscilante entre la que señala la Ley o un lapso muy pequeño más; y c), que el sujeto activo haya tenido duda sobre la edad de la víctima, pero que no se haya inquietado por ello ni hecho ninguna averiguación. En el primer supuesto el error decididamente debe jugar a favor del autor, en general con efecto eliminatorio del dolo; en el segundo caso podrá apreciarse culpa atendiendo a las circunstancias del hecho y relaciones entre el autor y víctima; en el tercer supuesto la pereza, falta de diligencia y abulia del autor no justifican una atenuación de su conducta, por lo que podrá imputarse el hecho a título de dolo eventual.

## 7.— Punibilidad.

La posibilidad de imponer pena requiere que el delito de violación se denuncie. Así resulta del artículo 443 del Código Penal con-

82. MORAS MON, Jorge R. Los delitos de violación y corrupción, Buenos Aires, 1971, cit. pág. 46.

forme el cual, «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 trate de menores o incapaces.

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

Se reserva en el delito de violación su persecución a las personas enumeradas en el artículo 443 porque, según opinión generalizada, en ocasiones las víctimas prefieren el silencio a la denuncia, por cuanto la divulgación del hecho, que necesariamente acompaña al proceso, puede significar un aumento del mal del delito y, por ende, del sufrimiento de los perjudicados.

En las sucesivas reformas del Código penal ha quedado muy atenuado el tradicional carácter privado del delito de violación, sobre todo en esta última reforma que comentamos, toda vez que por los menores o incapaces puede actuar denunciando el Ministerio Fiscal; además, una vez que el hecho ha sido denunciado no se admite el perdón.

La denuncia actúa respecto al delito de violación como requisito o condición de procedibilidad o perseguibilidad. Como es sabido, consiste la denuncia en una declaración de voluntad por la que se pone en conocimiento del órgano instructor del sumario el delito cometido, con la petición implícita de que se proceda a su persecución y castigo. La denuncia podrá ser oral o escrita, personal o por mandatario con poder especial, según resulta del artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se cuestiona si los menores y las personas incapaces pueden denunciar la violación de que hayan sido víctimas, pues si no tienen capacidad para comparecer en juicio, parece que tampoco la tendrán para denunciar. El artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispensa de la obligación de denunciar «a los impúberes y a los que no gocen del pleno uso de su razón». Más la dispensa no es privación de dicha facultad que podrán ejercitar los impúberes cuando tengan discernimiento y los enajenados en los intervalos lúcidos. La sentencia de 30 de Marzo de 1978 admitió la denuncia por un menor, estableciendo que para denunciar basta con que se haya alcanzado la pubertad, rechazando que para estimar la capacidad de denunciar sea preciso haber alcanzado la mayoría de edad.

El orden para denunciar establecido en el artículo 443 es de rigurosa observancia. Según reiterada jurisprudencia la facultad para denunciar nace con carácter escalonado y subsidiario para cada uno de los que cita el precepto en relación con el anterior.

Hemos admitido que el menor puede denunciar cuando haya sido agraviado. Lo cuestionable es si cuando el menor no quiere perseguir el hecho, podrán hacerlo alguno de los que le siguen por el orden marcado por el artículo 443 del Código penal. Parece que debe contestarse en sentido afirmativo; las personas que no siendo agraviadas tienen facultad para denunciar el delito sólo podrán hacerlo cuando el agraviado sea menor de edad o esté incapacitado, pues si se trata de una persona mayor que está en su sano juicio sólo a ella corresponde la facultad de denunciar.

La reforma de 1989 ha dado nueva redacción al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 443. El texto derogado disponía: «Por los menores de 16 años podrán denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores.

El Ministerio Fiscal podrá denunciar y el Juez de Instrucción proceder de oficio, en los caso que consideren oportunos, en defensa de la persona agraviada si esta fuese de todo punto desvalida».

Como se advierte, el nuevo texto ha suprimido radicalmente los anteriores párrafos, sustituyéndolos sintéticamente por la obligación impuesta al Ministerio Fiscal de proceder a la persecución de dichos delitos cuando se trate de menores o incapaces.

Dicha atribución al Ministerio Fiscal acentúa el carácter público de referidos delitos, según ya dijimos, y al mismo tiempo plantea la incógnita de si el ejercicio de la acción por parte del Fiscal tiene carácter subsidiario, debiendo denunciar sólo en el caso de que tratándose de menores o incapacitados no lo hagan las personas que le preceden en el orden marcado en el párrafo primero del artículo 443, o puede denunciar incluso en contra de la voluntad del propio agraviado si es menor o incapaz, así como contra la voluntad de los que respecto a los mismos sean ascendientes, representantes legales o guardadores de hecho. Parece que la propia lectura e interpretación literal del precepto no deja duda de que el Fiscal, que ocupa el último puesto en el orden de las personas que pueden denunciar por los menores o incapaces, haya de actuar subsidiariamente, sólo en el caso de que no

denuncien los primeramente llamados: también parece claro que los menores e incapacitados carecen de facultades para impedir que el hecho se denuncie, ya que están facultados para denunciar el delito cometido contra ellos, sus ascendientes, representante legal o guardador de hecho, y en última instancia el Ministerio Fiscal.

No determina el nuevo texto como lo hacía el anterior quienes podrán actuar en defensa de las personas que fueren de todo punto desvalida. La persona agraviada puede no ser menor ni incapaz y sin embargo encontrarse en tal situación de desamparo o desvalimiento, como decía el Código, que no pueda por sí denunciar. Un supuesto corriente de desvalimiento se daba en los casos de violaciones incestuosas, en los que la madre por temor al marido, por miedo del perjuicio que podía sobrevenir para la familia o por alguna otra razón equivalente, silenciaba los hechos. Podía también y puede seguirse pensando en otras hipótesis, como las de las personas sometidas a la esclavitud de la prostitución, que silencien las violaciones y agresiones cometidas contra ellas por temor a las represalias que pueden venirle de parte de sus explotadores; es perfectamente concebible que estas situaciones se den respecto de personas que ni sean menores ni estén incapacitadas.

¿Podrá seguir actuando por las personas desvalidas el Fiscal? Me parece que habrá de impedírsele el respeto al principio de legalidad, pues bien claro está que el nuevo texto reserva la actuación al Fiscal solamente, como venimos repitiendo, cuando se trate de menores o incapacitados. Resulta de esta manera que, por una parte se ha extendido el carácter público de los indicados delitos, pero por otra se ha acentuado su carácter privado, precisamente respecto a los seres más precisados de protección, cual esas personas de todo punto desvalidas, expresamente citadas por el texto ahora derogado.

## 8.— Formas de aparición.

### a) *Autoría y participación.*

Tradicionalmente los denominados «delicta carnis» han venido siendo considerados delitos especiales, entendiendo por tales aquellos en que el autor ha de reunir ciertas cualidades, de tal manera que sólo aquellos que las poseen pueden ser considerados autores. La violación era considerada como delito de propia mano pues sólo el varón, que era el que tenía capacidad para el yacimiento, podía ser sujeto ac-

tivo de este delito. Al tratar la materia parecía desconocerse que salvo en la violación real de la que, casi con seguridad, podía proclamarse que el único autor posible es el varón, por ser la fisiología de la erección incompatible con los estados de fuerza o intimidación (aunque en contra, se alegue algún raro caso), en los supuestos de violaciones de prevalimiento la conducta podía llevarse a cabo no sólo por el varón penetrando a su víctima, sino también por la mujer haciéndose ésta penetrar por el varón, en los casos en que abusara de la enajenación de éste o cuando fuere menor de doce años cumplidos.

Después de la reforma operada en los delitos contra la libertad sexual, la gran amplitud dada a la conducta en el delito de violación, que puede llevarse a cabo no sólo por vía vaginal sino también por las vías anal y bucal, ha resultado también ampliado el círculo de los posibles autores de este delito, admitiéndose con carácter general que autores directos pueden serlo tanto el varón como la mujer, con las circunstancias, limitaciones y en los términos que expusimos al tratar la cuestión del sujeto activo.

Incluso con referencia a la violación real ha llegado a mantenerse que también las mujeres podrían ser autores de este delito, en el sentido de autoras principales o directas; así lo entiende GONZALEZ RUS<sup>83</sup>, partiendo de la consideración de que en la violación real la conducta está compuesta de dos actividades, a saber: la fuerza o la intimidación y el yacimiento (hoy sería el acceso carnal), y si bien éste último por exigir la penetración sexual del órgano genital masculino en alguna de las tres cavidades está reservado al varón, no ocurre lo mismo con la fuerza o la intimidación que podrán ser llevadas a cabo también por las mujeres. En corroboración de sus afirmaciones GONZALEZ RUS, cita la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Febrero de 1898, de la que fue ponente —dice— el prestigioso penalista VIADA, cuyo fallo se aproxima al reconocimiento de dos estadios, actividades o momentos en el delito de violación; dice la referida sentencia: «Semejante empleo de *sujeción o fuerza*, si no fuera ya por sí, en realidad lo es de directa ejecución de *uno de los elementos integrantes del propio delito*, seríalo de necesaria y eficaz colaboración para la perpetración del mismo y, por tanto, en uno u otro concepto determinante de la responsabilidad del autor».

Los supuestos de participación cooperando con una conducta que coadyuve a la ejecución del acceso carnal por el autor directo o prin-

---

83. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 467.

cial, tendrán su adecuado encaje en el número 3º del artículo 14 del Código Penal, que considera también autores a «los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado». Su distinción de la *complicidad* habrá de hacerse, bien sobre la base de la *imprescindibilidad* de la aportación, o atendiendo al *dominio del hecho*, o a la teoría de los *bienes escasos*, sobre cuyos criterios argumentan la doctrina y jurisprudencia modernas la distinción entre autor por cooperación necesaria y el cómplice.

La apreciación de la *imprescindibilidad* debe hacerse en concreto, analizando las circunstancias del hecho al momento histórico preciso (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1975).

La *cooperación por omisión* ha sido aceptada por la moderna jurisprudencia, en aquellos supuestos en que siendo el sujeto garante por cualquier título de la indemnidad sexual de la persona agraviada, adopta una conducta pasiva mientras la persona a quien debía defender es violada por otro. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 1982, en la que, además de los delitos de rapto y asesinato, se juzgaba también sobre violación, hace transcripción de los requisitos de la *cooperación omisiva* tal como fueron expuestos por la sentencia de 10 de Abril de 1981, «habiendo declarado esta última resolución, resumiendo la tesis jurisprudencial y estado actual de la doctrina científica que le sirve de sustento y apoyo, que son reducibles a tres los requisitos predicables de la *omisión por cooperación necesaria* —coautoría—, como de la *no necesaria* —complicidad—, cuáles son: a), Un elemento objetivo, constituido por la omisión, que en el primer supuesto, es decir en el de coautoría, debe ser causal, interviniendo como «conditio sine qua non» del resultado típico y que en la complicidad basta que intervenga como no necesaria, pero si eficaz y coadyuvante al resultado; b), Un elemento subjetivo o voluntad dolosa, bien de cooperar causalmente con la omisión al resultado (coautoría) o simplemente llevado de un «animus adjuvandi» a la producción del resultado (complicidad), y c), Un elemento, que es el que acaba de dar todo su sentido jurídico-penal a la omisión, cual es el que esté integrada por un específico deber de actuar, derivado de un precepto o mandato jurídico (ley, norma, contrato, etc.) o de una situación de peligro precedentemente creada por el promitente, que le coloca en situación de garante, es decir, que la obliga a garantizar la no producción del resultado, obligación que le incumbe a él personalmente en cuanto dio vida al peligro o daño potencial para la esfera jurídica ajena, lo que es distinto, por más específico, del deber genérico de impedir la comisión de determinados delitos a que hace referencia el tipo de artículo 338 bis) del Código penal».

Se discute la *omisión por autoría mediata*. Es aceptada por aquellos autores<sup>84</sup> que afirman la posibilidad de que pueda cometerse la violación a través de otra persona que actuará a modo de instrumento, por ejemplo, la mujer que mueve a un inimputable a violar a una niña.

Otros rechazan tal posibilidad; al considerar la violación como delito de propia mano, restringen la autoría al autor del acceso carnal y a la cooperación necesaria de los que participan en la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado. El Tribunal Supremo, que sepamos, no se ha pronunciado sobre esta cuestión; incluso eludió afrontarla en una sentencia de 24 de Noviembre de 1965, relativa al hecho de una mujer que hace que dos menores tengan acceso carnal, indicándoles la forma en que habían de hacerlo, puesto que por inexperiencia desconocían como llevarlo a cabo, prestando incluso su ayuda material para que el hecho pudiera realizarse. En el pensamiento de GONZALEZ RUS<sup>85</sup>, si bien no cabría la autoría mediata respecto al acceso carnal, pues la penetración sexual es un acto personalísimo de propia mano y de exclusiva realización por el varón, entiendo que ningún obstáculo se presentaría para la admisión de dicha autoría mediata en lo que se refiere a los medios que determinaron el acceso carnal.

#### **b) Formas imperfectas de aparición.**

Al tratar de la conducta en la violación real o genuina nos adscribimos a la tesis de los que consideran que este delito se encuentra entre los llamados de actividad. Con ello no se desconoce que otra parte de la doctrina y la jurisprudencia opinan lo contrario, afirmando que el acceso carnal es el resultado de la conducta.

Según nuestro pensamiento, si la violación es real la conducta se integra por la fuerza o la intimidación o por ambas, más el acceso carnal y son estas dos acciones las que integran el hecho constitutivo de la infracción.

En las violaciones de prevalimiento (las de los números 2 y 3 del artículo 429) la conducta se integra por el acceso carnal perpetrado por alguna de las tres vías que ahora señala el precepto, llevado a cabo con las personas que se encuentran en alguna de las situaciones que señalan dichos preceptos. Tal acceso debe ser entendido como aco-

84. CONTIERI, Enrico. La congiunzione carnale. Milán 1959, cit. págs. 34, 86 y 87.

85. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 472.

*plamiento sexual*, que podrá conseguirse penetrando el órgano sexual masculino en las cavidades vaginal, anal o bucal, que el Código señala, o haciéndose penetrar por dicho órgano genital masculino en alguna de las tres referidas cavidades; la primera es la forma de llevar a cabo la conducta el varón y la segunda la correspondiente a la mujer o al acoplamiento homosexual masculino.

Conviene recordar a los efectos de determinar en que consiste la consumación de estos delitos, el sentido amplio que del acceso carnal tiene la doctrina. Según MANCINI<sup>86</sup>, «Acceso carnal es todo hecho por el cual el órgano genital de una persona (sujeto activo o pasivo) viene introducido, total o parcialmente, en el cuerpo de otra, por vía normal o anormal, de forma que haga posible el coito o un equivalente anormal del mismo». Esta definición se acomoda perfectamente al concepto que del acceso carnal parece tener nuestro legislador, que en el preámbulo de la Ley 3/1989 habla del *coito* vaginal, rectal y bucal.

Si el acceso carnal es la penetración o introducción del órgano genital de una persona en el cuerpo de otra, la *consumación* delictiva se alcanzará con esa penetración o introducción, que podrá ser total o parcial, bien entendido que aún en caso de penetración parcial la doctrina entiende consumado el acceso carnal y por tanto también el delito; así ha venido entendiéndolo la doctrina mayoritaria<sup>87</sup> antes de la reforma con referencia al yacimiento, cuyo fundamento es perfectamente transferibles a la más amplia conducta del acceso carnal que ahora se contempla en el artículo 429.

Insiste la doctrina en que si hay penetración, aunque esta sea parcial, habrá consumación delictiva y, al contrario, si falta toda penetración el hecho habrá de calificarse de tentativa. Esta tendrá lugar cuando se hayan realizado actos de fuerza o de intimidación encaminados al acoplamiento sexual sin conseguirlo, si la violación era real o verdadera, o se hayan realizado otros actos que sin ser de fuerza ni de intimidación iban encaminados al mismo fin de conseguir la penetración, introducción o acoplamiento sexual, si se tratara de las violaciones de prevalimiento.

Los actos anteriores encaminados a otras finalidades distintas a las de conseguir el acoplamiento sexual, tendrán la mera considera-

86. MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di Directo penale italiano*, volumen VII, Torino 1951, cit. pág. 268.

87. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. págs. 324 y 325.

ción de actos preparatorios y como tales, por su propia naturaleza, impunes.

Cabe también el desistimiento activo motivado por un cambio en la voluntad del agente, sin que haya sido motivado por otra causa que su propio y voluntario desistimiento, siendo su efecto la no producción del delito, con el consiguiente beneficio para el autor.

Venimos insistiendo en que la consumación delictiva en la violación tiene lugar por el acoplamiento sexual, mediante la penetración del órgano genital masculino en alguna de las tres cavidades que establece el artículo 429, de tal manera que sin dicha penetración total o parcial, el hecho no puede ser considerado como consumado y habrá de quedar en mera tentativa. La actividad ejecutiva precisa, pues, de la penetración o de la actividad consistente en hacerse penetrar, que el agente llegará o no a conseguir, quedando consumada la conducta si la penetración se consigue, aunque sea parcialmente, y si la penetración falta habrá que considerar la conducta en grado de tentativa.

Lo que no cabe es frustración. Esta requiere que se practiquen *todos los actos de ejecución*, que en la violación vienen determinados por la consecución del acceso carnal o acoplamiento sexual que puede conseguirse o no, alcanzando en el primer caso la consumación delictiva y en el segundo la mera tentativa. En la violación, con el acoplamiento sexual quedan realizados los actos que integran la figura en grado de consumación, por lo que si hay acceso se da la consumación y si no, la mera tentativa. Como hace notar GONZALEZ RUS<sup>88</sup> parece una entelequia absurda afirmar por un lado, que se han practicado todos los actos que deberían producir el acceso y por otro, negar que el acceso se haya perfeccionado. La ejecución de todos los actos precisos para el acceso es la *consumación* del propio acceso carnal y por tanto la propia *consumación delictiva*.

Sin embargo, la jurisprudencia viene apreciando la frustración, aunque referida casi siempre a los supuestos de dificultad o imposibilidad de conseguir la penetración en los yacimientos con menores, cuando habiendo el agente puesto cuanto estaba de su parte para conseguir el acceso, no pudo lograrlo por la desproporción entre los órganos sexuales del autor y su víctima.

Según la doctrina<sup>89</sup>, tres son las distintas opciones que la juris-

88. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 487.

89. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 710.

prudencia ofrece respecto al juego recíproco entre consumación y frustración del delito.

Para la primera opción, el yacimiento (ahora habrá que hablar de acceso carnal) que configura el delito, es perfecto desde el mismo momento en que haya introducción del genital masculino en el femenino (ahora, además, en las cavidades rectal y bucal a las que se amplía la conducta); y ello, aunque la introducción sea parcial y no vaya acompañada de eyaculación<sup>90</sup>, no siendo tampoco precisa la rotura del himen<sup>91</sup>, si bien si la misma se ha producido la consumación queda demostrada indudablemente por ese sólo hecho<sup>92</sup>; el grado de penetración es indiferente, siendo suficiente la vestibular —sentencia de 8 de Febrero de 1969—, o incluso una introducción de poco más de medio centímetro —sentencia de 15 de Junio de 1976—, ya que lo único que importa es que la penetración pueda ser afirmada.

En otros casos, y esta es la segunda posición, la desproporción de los respectivos órganos se considera como la causa extraña a la voluntad del sujeto activo que impide la consumación y por ello la jurisprudencia califica el delito en grado de *frustración*<sup>93</sup>.

La tercera posición viene representada por aquellas sentencias que, como las de 17 de Noviembre de 1922 y 12 de Junio de 1969, calificaron los hechos también de violación en grado de frustración, a pesar de que en los casos contemplados hubo penetración si bien meramente parcial.

Coinciden con la jurisprudencia las apreciaciones que sobre estas cuestiones hace MARCHENA GOMEZ<sup>94</sup>.

---

90. Sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de Noviembre de 1923, 18 de Abril de 1925, 16 de Abril de 1952, 24 de Junio de 1953, 6 de Febrero de 1956, 26 de Octubre de 1965, 21 de Octubre de 1968, 8 de Octubre de 1969, 7 de Abril de 1972, 19 de Enero de 1974, 15 de Junio de 1976, 28 de Febrero de 1986.

91. Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de Marzo 1891, 24 de Noviembre de 1953, 6 de Febrero de 1956 y 8 de Octubre de 1969.

92. Sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de Noviembre de 1923, 28 de Abril de 1925, 16 de Abril de 1952, 26 de Octubre de 1965, 21 de Octubre de 1968, 12 de Abril de 1971 y 10 de Mayo de 1974.

93. Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 1881, 3 de Mayo de 1881, 20 de Abril de 1950, 14 de Diciembre de 1961, 21 Enero de 1967, 21 de Octubre de 1969, 13 de Octubre de 1970, 15 de Enero de 1971, 13 de Mayo de 1974, 7 de Octubre de 1976, 27 de Octubre de 1986 y 24 de Junio de 1986.

94. MARCHENA GOMEZ, Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal, en «La Ley», n.º 2.504.

Para este autor, en los supuestos de violación por vía vaginal se acepta la doctrina de la «coniunctio membrorum» patrocinada por el Tribunal Supremo, en el deseo —dice—, de evitar la imposibilidad de apreciar la consumación en los casos en que la víctima sea menor de doce años, en los que según el Tribunal Supremo «es suficiente para apreciar la consumación del delito que la conjunción de los órganos genitales llegue al extremo posible con arreglo a las condiciones fisiológicas de los protagonistas, (sentencias de 7 de Abril de 1972 y 11 de Marzo de 1980, entre otras)».

Sin embargo —añade MARCHENA GOMEZ—, tratándose de mujer adulta el Tribunal Supremo entiende indispensable para la consumación del delito la penetración del pene, más o menos completa, en la cavidad vaginal, citando en confirmación, las sentencias de 16 de Mayo de 1986, 24 de Noviembre de 1986 y 31 de Enero de 1987, sin desconocer que en otras ocasiones la jurisprudencia ha calificado de frustrado el llamado coito vestibular, efectante sólo a los órganos externos de la mujer, a la región vulvar u orificio externo de la vagina, pero no a la vagina propiamente dicha, (sentencias de 27 de Octubre de 1986 y 24 de Noviembre del mismo año).

### c) *Concurso de delitos.*

Es posible que la actividad del autor encaminada a lograr el acceso carnal pueda integrar, además de la violación algún otro delito, dando lugar de esta manera al supuesto fáctico del *concurso ideal de delitos*, al que se refiere el artículo 71 del Código penal.

Particularmente en los casos de fuerza es normal que el mismo hecho (el acceso carnal conseguido violentamente), constituya delito de violación y de lesiones e incluso violación y homicidio, siendo así que el único propósito del autor era dar satisfacción a su pasión sexual, en cuyas hipótesis la imputación de la violación habrá de hacerse a título de intencional o dolosa y la de los resultados acompañantes no deseados a título de culpa o imprudencia. No se excluye tampoco la posibilidad de apreciar en casos similares la comisión por dolo eventual si, por ejemplo, las lesiones o el homicidio acompañaron a una violación perpetrada en un ataque sado-masoquista.

Se discute si la *desfloración* debe ser considerada como lesión punible en concurso ideal con la violación en cuya ejecución tuvo lugar, negándolo MANCINI<sup>95</sup> por entender que «la desfloración no debe ser

95. MANZINI, Trattato di Diritto penale italiano, vol. VII, cit. pág. 295.

considerada como lesiones ya que se trata de un hecho normal y no patológico», a lo que opone MANFREDINI<sup>96</sup>, que «no basta con que un acto sea fisiológico para que sea legítimo, pues la alteración de la unidad anatómica del órgano supone una agresión a la persona, añadiendo, no es exacto afirmar que la desfloración es elemento constitutivo, siquiera sea eventual, del delito, ya que la violación atiende a un atentado al derecho de disponibilidad carnal y no al ataque a la virginidad». GONZALEZ RUS<sup>97</sup> se pronuncia por considerar que «si el legislador equipara a efectos de pena a un medio que parece lleva necesariamente consigo la producción de lesiones (la fuerza) y a otro que no implica tal consecuencia, no es ligereza pensar que en ambos casos se está haciendo referencia a medios comisivos orientados al yacimiento previsto en el tipo legal, con independencia de que esos instrumentos puedan provocar otras consecuencias distintas, orientándose porque las lesiones leves se consideren implícitas en el delito y, por consiguiente, no concurran idealmente con él».

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Noviembre de 1958 considero el himen como *miembro principal*; de seguirse esta orientación, el desgarrar del himen que ocasionalmente puede acompañar al delito de violación habría de ser penado juntamente con dicho delito; según el nuevo concepto de las lesiones, introducido por la misma ley que reformó los delitos contra la libertad sexual (Ley Orgánica 3/1989), referida rotura del himen en la actualidad habría de ser considerada como una falta de lesiones, pues para su curación (salvo supuestos anormales) no precisa de tratamiento médico o quirúrgico (artículo 582 del Código penal).

Sin embargo no es tal criterio el que se sigue en la práctica. Por lo que se refiere a las acusaciones formuladas por el Ministerio Fiscal, no tengo noticias de que la rotura del himen en los supuestos de violación se califique como infracción distinta. Son varias las sentencias que recogen el supuesto y sin embargo no lo castigan; así, en la sentencia de 23 de Abril de 1986, en los hechos probados se recoge que con motivo de la violación la mujer sufrió desgarros en el himen que tardaron en cicatrizar ocho días y sin embargo no se califica este hecho ni se impone pena por él; la misma solución se aprecia en la sentencia de 18 de Junio de 1986 y en la de 16 de Octubre del mismo año, con la particularidad en esta última de que la rótura del himen la llevó a cabo con los dedos el sujeto activo.

96. MANFREDINI, *Tratatto di Diritto penale*, volumen IX, cit. págs. 148 y 149.

97. GONZALEZ RUS, *La violación en el Código penal español*, cit. págs. 507 y 508.

Se plantea también la doctrina, la concurrencia de la violación con el delito de agresiones sexuales; si los contactos eróticos son previos al acceso carnal se consideraran absorbidos por la violación. Si después del acceso carnal, aprovechando idéntica ocasión, el autor insatisfecho hace a la víctima objeto de nuevos ataques sin propósito de acceso, objetivamente incluibles en las agresiones sexuales castigadas en el artículo 430 del Código penal, parece que por su objetividad y por la concurrencia de un nuevo dolo, distinto al de violar, el hecho se debería considerar como un delito distinto, en concurso real con el ya consumado de violación. Así lo mantuvo el Fiscal en recurso de casación resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1980. En esta sentencia se declaraba como hecho probado que el autor, después de yacer mediante intimidación con una muchacha de catorce años, también con intimidación la obligó a que lo masturbara; la sentencia desestimó el recurso del Fiscal, «teniendo en cuenta que la masturbación subsiguió sin solución de continuidad a la violación, que no agotó los deseos lúbricos del agente, colmados y satisfechos mediante el hecho posterior..., lo que inclina a referir ambos hechos a una misma y única intención, a un idéntico móvil lascivo que se manifestó en una unidad de ocasión como atentado a la libertad sexual de la misma persona, todo lo cual permite estimar, a los efectos de la punición, la existencia de una unidad de acción, entendiéndose que la primera conducta más grave absorbió a la posterior, privándola de relevancia penal». Análoga solución se reitera en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1986, según la cual, «los casos de iteración inmediata del acceso carnal con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o dominio del furor erótico, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, es decir, entre los mismos sujetos y en el marco de una misma ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar debe apreciarse la existencia de una sola acción punible».

Un supuesto clásico de concurso ideal es el de rapto perpetrado como medio para cometer el delito de violación; hasta la reforma de 1978, el artículo 440 del Código penal disponía respecto el rapto, «si hubiese acceso carnal se aplicará la pena conforme el artículo 71»; esta aclaración fue suprimida por innecesaria en beneficio de la economía del Código, pero cuando el rapto tenga por objeto cometer la violación, habrá de seguir apreciándose el concurso real entre ambos delitos, según antes disponía el referido artículo 440 del Código penal.

La concurrencia de allanamiento de morada y delito de violación la resuelve la jurisprudencia, en ocasiones como concurso ideal (sentencias de 20 de diciembre de 1904 y 15 de junio de 1957), aunque

la tendencia posterior de la jurisprudencia, en estos casos, es la de aplicar la agravante locativa consistente en ejecutar el hecho en la morada del ofendido cuando este no haya provocado el suceso, prevista en el artículo 10 del Código penal, según recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1986 y otras varias.

*Los varios accesos carnales por distintos autores con el mismo sujeto pasivo en la misma ocasión y circunstancias*, se resuelven por la jurisprudencia como concurso real, apareciendo tantos delitos como sean los sujetos activos intervinientes; cada uno de ellos responderá como autor material de una acción delictiva por el acceso o accesos carnales perpetrados por él y como autor por cooperación necesaria por cada una de las acciones delictivas, (integradas por uno o más accesos), realizadas por los demás intervinientes. Se niega así la aplicación de la continuidad delictiva para estos supuestos.

El fundamento de tal rechazo lo encuentra la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1986, en que siendo la libertad sexual el bien jurídicamente protegido en el delito de violación, su naturaleza eminentemente personal la exceptúa del delito continuado; la jurisprudencia de la última década —dice la citada sentencia—, superando pretéritas indecisiones, viene considerando como un bien eminentemente personal la libertad sexual cuando se ve agraviada o comprometida por la violación, según ha sido reconocido entre otras sentencias en las de 21 de abril de 1970, 21 de junio de 1981, 28 de mayo de 1983, 3 de marzo, 8 de junio y 14 de julio de 1984 y 31 de diciembre de 1985.

## 9.— La pena.

La pena correspondiente al delito de violación es la de reclusión menor, cuya duración es de 12 años y un día a 20 años de privación de libertad, y lleva consigo como accesoria la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena (artículo 429, párrafo primero en relación con los artículos 30 y 46 del Código penal), pudiendo los Tribunales —además—, acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso, (artículo 67 del Código Penal).

También contiene el Código penal, en el Capítulo V, del Título IX, del Libro II, una serie de agravaciones específicas y de medidas

especiales aplicables como disposiciones comunes a los delitos contra la libertad sexual, más la «Disposición general» establecida en el Capítulo VII, de referidos Título IX y Libro II, de dicho Código.

La pena privativa de libertad impuesta al delito de violación es la misma con que se castiga el homicidio, y si se tienen en cuenta las agravaciones específicas de la violación que permiten que a ciertos cómplices se les castigue como autores y que algunos autores sean condenados, además, a inhabilitación especial y a la interdicción del derecho de tutela, (artículos 445 y 446) y que estos hechos se castiguen en España, aún cuando algunos de los hechos que los constituyan se ejecuten en país extranjero, se llega a la conclusión de que el delito de violación está más castigado que el mismo homicidio.

Los excesos puede restar eficacia a ciertas disposiciones, y algo de esto ocurre en el delito de violación pues las severas penas que lleva aparejada rigorizan la exigencia probatoria por parte de los Tribunales. Estimativamente, —no existen estadísticas sobre el particular—, se aprecian más sobreseimientos y sentencias absolutorias en las causas instruidas para la sustanciación de los delitos de violación que, por ejemplo, en las de homicidio.

La doctrina, en general, encuentra excesiva la pena asignada a la violación. Para algunos<sup>98</sup>, después de destacar que comparativamente es más grave la destrucción de la vida que el atentado a la libertad sexual, se argumenta que «si se quiere acometer una auténtica y eficaz lucha contra la criminalidad sexual, por otra parte cada vez más urgente, poco se va a conseguir con los escasos reos que se llegan a condenar. Es más positivo efectuar reformas... tendentes a propiciar que se persigan el mayor número de violaciones y, sobre todo, llevar a la conciencia del violador la certeza e inevitabilidad de la pena».

En lo relativo a la gravedad de la pena, la reforma de 1989, ni se ha hecho eco de las propuestas de la doctrina ni de las de los anteriores proyectos; la Propuesta de Anteproyecto de 1983, reducía el castigo de la violación real y de la de prevalimiento perpetrada sobre personas menores de doce años, a *la pena de prisión de seis a doce años*, disminuyendo a *prisión de cinco a diez años* el yacimiento con mujer privada de sentido o abusando de su enajenación. La doctrina encuentra estas penas más en armonía con las que se imponen a la vio-

---

98. GONZALEZ RUS, La violación en el Código penal español, cit. pág. 541.

lación en los Códigos penales de nuestra área cultural y con la pena material que debería corresponder a dichos delitos.

#### 10.— La responsabilidad civil.

Hasta la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, el artículo 444 del mismo, especificaba la indemnización en los casos de violación, estupro o rapto, disponiendo que los reos de estos delitos «serían también condenados por vía de indemnización: 1º, A dotar a la ofendida, si fuera soltera o viuda, 2º, A reconocer a la prole, si la ley civil no lo impidiere y 3º, En todo caso, a mantener a la prole».

Las profundas modificaciones llevadas a cabo en el Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, que dio nueva redacción al Título III del Libro IV, suprimiendo la dote, y el Título V del Libro I, estableciendo en el artículo 108 que «La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial», permitiendo la «investigación de la paternidad y la maternidad mediante todas clases de pruebas, incluso las biológicas» (artículo 127), obligaban a armonizar el Código penal con el nuevo orden civil. La ley 8/1983 dio al artículo 444 su redacción actual.

Establece el artículo 444, que «Los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados a indemnizar a la persona ofendida.

Los Tribunales harán la declaración que proceda en orden a la filiación y a la fijación de alimentos en su caso, conforme a la legislación civil».

Podría suprimirse este precepto en beneficio de la economía del Código, pues sus fines pueden conseguirse igualmente haciendo aplicación de las disposiciones contenidas en el Capítulo II, del Título II, del Libro I, que determinan las personas responsables civilmente de los delitos y faltas, y en el Título IV del mismo Libro que trata «De la responsabilidad civil y de las costas procesales».

La vieja obligación impuesta al violador de *dotar a la ofendida* tenía su razón de ser en una sociedad en la que la víctima del delito, que por definición legal tenía que ser una mujer, además del dolor por el ataque y vejación de que había sido objeto, corría el peligro de quedar embarazada y sufrir una maternidad no deseada, con consecuen-

cias parecidas a las del casamiento, pero sin estar casada, o aún peores, en el aspecto concreto de pérdida de sus expectativas matrimoniales; a la mujer violada, soltera o viuda, le iba a ser sino imposible cuando menos difícil contraer matrimonio, u otro matrimonio en el caso de la viuda, o por lo menos contraerlo en el mismo pie de igualdad que antes del delito. Se justificaba así, en estos casos, la *dote* como un subrogado por pérdida o disminución de expectativas matrimoniales<sup>99</sup>.

Me parece que en la sociedad actual las ideas sobre estas cuestiones han sufrido una evolución favorable a las víctimas, disminuyendo el rechazo hacia ellas, al mismo tiempo que se ha aumentado el reproche hacia los autores.

Sin embargo no está borrada por completo la estigmatización de las mujeres víctimas de la violación, por lo que la indemnización que se pueda acordar en su favor deberá comprender, además de la cantidad correspondiente al *daño moral puro*, la relativa a los daños materiales *indirectamente causados* por posible repercusión de las consecuencias perjudiciales de la estigmatización.

El párrafo segundo del artículo 444 ha decidido en favor de la economía personal, la duda que la anterior redacción de este precepto había suscitado; venían los Tribunales de lo penal en los juicios por violación, demorando la fijación de alimentos a un segundo juicio, por entender que si bien en vía penal debía declararse el derecho a alimentos, la fijación de su importe debía ser hecha en el juicio civil correspondiente.

Después de la reforma tal fijación, y también la determinación de la filiación paterna, corresponden de oficio al propio Tribunal penal, que habrá de hacerlo en la misma sentencia en la que se resuelva sobre la violación aplicando, eso sí, los correspondientes preceptos del Derecho civil.

---

99. BATLLE VAZQUEZ. La responsabilidad civil en los delitos de violación, estupro y rapto, en R.G.L.J. Septiembre de 1973, pág. 424.

**CONTESTACION  
DEL  
EXCELENTISIMO SEÑOR  
DON JOSE MARIA LUZON CUESTA**



Excmo. Sr. Presidente,  
Excmos. e Illmos. Señoras y Señores,

Señoras y Señores:

Si venir a Murcia, para los que, por razón de nuestras obligaciones profesionales, vivimos lejos de esta tierra —lejos en el espacio, pero no en el recuerdo— es siempre motivo de honda satisfacción, acudir a esta Real Academia, para recibir a un entrañable amigo y compañero, supone para mí un honor y una alegría, que he de agradecer a nuestro Presidente, al haberme designado, en uso de sus facultades estatutarias, para contestar al discurso de ingreso, como Académico de número, del Excmo. Sr. Don Angel de Alba y Osuna.

Me corresponde, pues, dar la bienvenida, que no presentar, al nuevo Académico, cumpliendo así una tradición, estatutariamente consagrada, lógica, por otra parte, puesto que el elegido ha de ser jurista de reconocido prestigio, no necesitado, por consiguiente, de presentación.

No obstante, como hace unos años, en análoga solemnidad, resaltaba, no para descubrir, sino en grato recordar, hemos de dejar constancia, en obligada síntesis, para que quede incorporada, a modo de perpetua memoria, a la historia de esta Real Academia, de la personalidad, del buen saber y del buen hacer de Angel de Alba y Osuna y de la importancia del Discurso que acaba de pronunciar.

## **I. EL NUEVO ACADÉMICO.**

Nacido en la alta Extremadura, cerca de Coria, en esta villa vive su niñez y juventud, estudiando el bachillerato en Cáceres y licencián-

dose en Derecho por la Universidad de Salamanca. Cumplidos sus deberes militares, accede por oposición al Cuerpo de Jueces Comarcales, desempeñando el cargo en Juzgados de Galicia y Extremadura, donde simultánea el ejercicio profesional con el estudio, ingresando, mediante nuevas oposiciones, en la Escuela Judicial, optando por la Carrera Fiscal y siendo destinado, en febrero de 1959, como Abogado Fiscal de la Audiencia Provincial de Murcia.

Es entonces cuando conocí al nuevo Académico. Si recuerdo que, en aquella época, yo preparaba, dirigido por mi hermano Manuel, las oposiciones a ingreso en la Escuela Judicial; si me refiero a los años que, con Angel de Alba, he compartido el trabajo en la Fiscalía, primero en el viejo Palacio de El Almudí y luego en este edificio; si dejo constancia de que heredé la sincera amistad que le unía con mi hermano...; todo ello puede hacerme caer en emocionada nostalgia.

Pese a reconocer mi amistad íntima, creo que no se me podrá tachar de parcialidad, si destaco sus cualidades profesionales y humanas.

Jurista completo, con especial vocación hacia el Derecho penal, su profunda preparación la ha puesto de relieve, en más de treinta años como Fiscal, en sus precisos dictámenes, en sus impecables calificaciones y en sus informes en juicio oral, en que tanto llama la atención el contenido como la brillantez de la exposición. Pero, junto a esta actividad —el lo ha reconocido— siente la vocación de la enseñanza: por concurso-oposición ingresa con el nº 1 en la Carrera de Profesores Titulados de Universidad, y muchos son los alumnos que pueden dar fe de su magisterio en la Cátedra de Derecho penal de la Facultad de Derecho, así como en la Escuela de Práctica de opositores, forjando a futuros jueces, secretarios judiciales y fiscales, y para seguir estudiando. Realiza la tesis doctoral, sobre «El delito de acusación y denuncia falsa», obteniendo la calificación de sobresaliente «cum laude», colabora en revistas («Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia» y «La Actualidad Jurídica»), publicando artículos, pronuncia conferencias y asiste a congresos.

Expuesto lo anterior, podría pensarse que Angel de Alba vive encerrado en el mundo del Derecho. Nada más lejos de la realidad. El, con Felisa, su mujer, ha formado una familia ejemplar, con nueve hijos, algunos ya casados, viviendo todos en Murcia; procedentes de una tierra de conquistadores, se han dejado conquistar por Murcia y sus gentes; se han integrado en esta tierra —pródiga con los que de fuera vienen—; se ha adaptado a sus costumbres y participado en toda la

vida de relación, como son sus fiestas o su Semana Santa, como verdaderos murcianos.

Para concluir con esta apresurada semblanza, quiero resaltar que, si el Ministerio de Justicia había reconocido los méritos de Angel de Alba, con la sucesiva concesión de la Cruz Distinguida de la Orden de San Raimundo de Peñafort, de 2.<sup>a</sup> y 1.<sup>a</sup> Clase, y la Asociación Nacional de Médicos Forenses, le había designado socio de honor, su dedicación a Murcia había creado una deuda de gratitud. Por eso, propuse, e inmediatamente fue aceptado, su nombramiento como Académico de Número de esta Real Academia, que hoy se honra con su recepción.

## II. EL TEMA DEL DISCURSO.

Con admiración, que no con sorpresa, pues no esperábamos otra cosa del nuevo Académico, hemos seguido su Discurso de ingreso, verdadera monografía sobre la nueva regulación del delito de violación. Lleva razón el autor al referirse a la expectación que despiertan en el público estos delitos y la atención que les dedican los medios de comunicación, «que cada día nos ponen al corriente de los sucesos de esta índole ocurridos en nuestro país y en el mundo, creando la sensación de que son temas del máximo interés». Pero, hemos de añadir, que no sólo crean esta sensación, sino que, en ocasiones, por defecto de información o por afán de sensacionalismo, pueden dar la impresión de una deficiente Administración de Justicia, o que la misma se encuentra de espaldas a la realidad social.

Para confirmar lo anterior, nos referimos, brevemente, a dos de los casos llamativos a que se ha hecho referencia en el Discurso precedente.

Es uno el relativo a la condena de un médico, «por practicar el aborto a una niña de quince años, embarazada por su primo de cincuenta y seis con el que mantenía relaciones, siendo dicho embarazo —según los medios de comunicación— consecuencia de violación». Teniendo en cuenta que uno de los supuestos en que, conforme al art. 417 bis del Código penal, no es punible el aborto, practicado en las condiciones que detalla, es que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación, previamente denunciado, agudamente advierte el nuevo Académico que «algo más debió haber en la conducta de ese médico, para que su condena como autor de un delito de aborto a la pena de cuatro años, dos meses y un día de privación de libertad, fue

ra confirmada por el Tribunal Supremo». Y, efectivamente, algo más, o algo distinto, había. Según consta en la S. de la Sala 2.<sup>a</sup> de 30-I-1990, el embarazo, producido en septiembre de 1984, fue consecuencia de unos reiterados accesos carnales entre la menor, que tenía catorce años, y su primo hermano, de cincuenta, persuadiendo éste a aquélla para que abortara, lo que tuvo lugar a finales de 1984, abonando al médico 35.000 ptas. y, fue condenado el citado pariente de la menor, por delito de estupro (no por violación) a pena de cinco años de prisión menor y, por el aborto, a pena de tres años de prisión menor. Así, pues, con independencia de que la inclusión en el Código penal del art. 417 bis es posterior a los hechos, tampoco cabría una aplicación retroactiva, al no ser el embarazo consecuencia de violación, ni haberse denunciado, no habiendo tampoco destacado los medios de comunicación que la conducta del mencionado pariente —estupro y aborto— no había quedado impune.

Es otro caso, que el nuevo Académico cita, el conocido como «La violación de la Aguja», en que la Audiencia Provincial había condenado por un delito de violación y otro de abusos deshonestos. Invocada en casación la presunción de inocencia, la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S., en S. de 16-I-1991, examina la prueba de cargo, declaraciones del acusado, de veintidós años, en que reconoce «la existencia de actos de significación sexual, pero no expresivos de la violencia o intimidación que exigen los tipos penales aplicados», y declaraciones de la denunciante, de treinta y seis años, de las que, aceptándolas, resulta que, en el interior de una población, «el acusado, sobre las cuatro y media de la mañana del día de autos, se prestó a auxiliarla, por avería de su automóvil, para llevarla en el propio a una parada de taxis, comenzando a dar vueltas alrededor de unas naves, y al preguntar la declarante sobre sus propósitos la contestó que se lo podía imaginar, y que se estuviera quieta porque si no la iba a pinchar; sacó un alfiler y lo colocó en el parasol del coche, sin amenazarla con objeto contundente alguno, se resistió un poco y trató de no moverse para que no se lo hiciera; la obligó a hacer una felación y la penetró, pero no llegó a eyacular, todo dentro del vehículo y estando en posición de sentada en el asiento del lado del conductor». En la tarde de hoy, hemos oído que «son incompatibles con las exigencias típicas de la violación la pasividad, resignación y mansedumbre» y que, para apreciar la intimidación, «el mal con que se conmina ha de ser grave, pues sólo un mal que merezca esta calificación podrá estimarse con virtualidad de anulación de la contraria oposición», exigiendo que la intimidación sea «la adecuada según las circunstancias del momento, para domeñar la voluntad de la víctima en orden al acto carnal pretendido». Y no po-

demos por menos de recordar a Sancho Panza, cuando, en la ínsula Barataria, dice a la mujer que denunciaba haber sido forzada: «Hermana mía, si el mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender esta bolsa le mostrádes, y aún la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, las fuerzas de Hércules no os hicieran fuerza». Pues bien: la Sala 2<sup>a</sup>, en la citada sentencia, no hace consideraciones, que pudieran considerarse desconocedoras de la realidad social o influidas por prejuicios, sobre la hora en que los hechos tienen lugar, ni valoración sobre la conducta, que la experiencia enseña que es gravemente peligrosa para la libertad sexual, de subir a un vehículo con un desconocido, sino que argumenta que «no puede el Tribunal conformarse con la simple alusión a la amenaza de “pincharla”, sin indagar su fuerza persuasiva con sustento en la propia descripción de la agraviada; y el alfiler, que el acusado se limitó a sacar y colocar en el parasol del automóvil, ni por su aptitud lesiva, ni por la forma en que fue utilizado, pudo ser instrumento idóneo para paralizar la voluntad de la mujer —que no era una adolescente— frente al ultraje sexual», concluyendo que, de la declaración de la mujer, aceptada como prueba de cargo, «no se desprende —no hay prueba— la intimidación ejercida, seria y grave, para vencer su voluntad renuente a la entrega sexual», lo que provoca, aplicando la presunción de inocencia, la absolución del acusado. Podremos estar o no de acuerdo con este razonamiento, pero hemos de convenir en que el mismo es conforme con la descripción típica del delito.

Por otra parte, aunque sea brevemente, creo necesario referirme a dos principios que han de tenerse cuenta a la hora de enjuiciar: presunción de inocencia e in dubio pro reo.

Según el primero, consagrado en el art. 24,2 de la Constitución, en un examen superficial, podría pensarse que, en estos delitos, al no existir, generalmente, otras pruebas que las declaraciones de agresor y víctima, quedaría ésta desprotegida. Indudablemente, no. En este sentido, la jurisprudencia ha tenido numerosas ocasiones de afirmar que la presunción de inocencia merece un especial cuidado, so pena de dejarlos impunes en la mayoría de los casos, y que los tribunales de instancia se ven obligados a dar credibilidad a aquella de las dos versiones que venga robustecida por datos objetivables (Ss. de 11-VII-1986; 30-V y 11-XII-1987; 25-I, 8-VI y 19-XII-1988), habiendo señalado, como notas de credibilidad de una prueba testificar de cargo (S. de 28-IX-1988) la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones procesado-víctima (resentimiento o enemistad), verosimilitud y persistencia en la incriminación, sin ambigüedades ni con-

tradicciones, destacando (S. de 21-VI-1988) el papel fundamental que juega el principio de inmediación y reconocimiento (S. de 15-II-1990) que el mayor valor o credibilidad de una u otra versión, puede resultar de datos objetivables o incluso de datos indiciarios, recordando (S. de 23-I-1990) que conceder mayor o menor credibilidad a unas u otras declaraciones, no incumbe a la Sala 2ª, sino al tribunal de instancia, y habiendo declarado (S. de 12-I-1989) que no hay norma alguna que establezca criterios preferenciales y que interpretar el art. 14 de la Constitución en el sentido de que, frente a declaraciones contradictorias del presunto culpable y de la víctima, el tribunal debe absorber, para evitar conceder un trato de desigualdad a unas y otras manifestaciones, sería contrario a su propia esencia y significación.

En cuanto al principio «in dubio pro reo», que no tiene acceso a la casación (Ss. de 27 y 29-V-1987; 5-I-1988; 19-I, 15 y 29-III, 5-IV, 5-V, 8-VI, 2-X y 13-XII-1989; 15-I y 16-II-1990), es un principio auxiliar, que se ofrece al juez a la hora de valorar la prueba, de modo que, una vez practicada, si no llega a ser bastante para que pueda formar su apreciación en conciencia, en orden a la culpabilidad o no del procesado, sus razonadas dudas habrá de resolverlas siempre en favor del reo (S. de 7-II-1985). Ahora bien, ponemos el acento en que la absolución conducirán razonadas, que no arbitrarias, irracionales o absurdas dudas.

Y todavía he de añadir —y no pretendo hacer una defensa de nuestra, en ocasiones, maltratada Administración de Justicia— que un dato más del conocimiento que de la realidad social tienen nuestros tribunales, lo pone de relieve el que, en S. de 7-XI-1987, la Sala 2ª del T.S acordó «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», propuesta ésta que sin duda influyó en la reforma de 1989.

Se refiere también el Profesor de Alba a las severas penas con las que se castiga el delito, estudiando las más moderadas previstas en la propuesta de Anteproyecto de 1983, ya que, en la actualidad, equiparada a la del homicidio, «rigorizan la exigencia probatoria por parte de los tribunales», estimando que «se aprecian más sobreseimientos y sentencias absolutorias en las causas intruidas para la sustanciación de los delitos de violación que, por ejemplo, en las de homicidio». Tales reflexiones son interesantes. No obstante, sobre la duración, ha de te-

nerse encuentra que el Proyecto de 1980, antecedente de la Propuesta de 1983, parte de la idea del efectivo cumplimiento de las penas y de la supresión de la redención de penas por el trabajo; con la regulación vigente, impuesta una pena de doce años y un día, a los seis años de cumplimiento efectivo, con redención por el trabajo, se consideran extinguidos nueve, lo que permite, dándose las condiciones del art. 98 del Código penal, la libertad condicional. Respecto a la comparación con las causas por homicidio, hemos de considerar que, en éste, el hecho de la muerte y que la víctima (salvo en el excepcional caso del homicidio-sucidio) no ha consentido, no ofrece dudas, en tanto en la violación ha de acreditarse el acceso carnal y la ausencia de consentimiento.

Para concluir, creo que me hago eco de la impresión que el Discurso del nuevo Académico ha producido en todos nosotros, si lo califico de profundo y completo. He glosado algunas cuestiones, sin duda marginales, que él mismo me sugiere, pues considero impertinente examinar la rica problemática que en él se expone y en que, después de un amplio y documentado estudio, va aportando su criterio personal. Podrá, como en toda obra jurídica, compartirse o no las soluciones que nos va ofreciendo, pero, incluso si en alguna no se estuviere de acuerdo, el suscitar polémica, el invitar a nuevos estudios, es también mérito de quien, con la seriedad que lo ha hecho Angel de Alba, estudia un tema.

No quiero cansar más vuestra atención, de la que creo haber abusado. Concluyo expresando mi felicitación a Angel de Alba y Osuna por su brillante incorporación a esta Real Academia, que recibe a tan valioso miembro, y a todos los que nos habéis acompañado en la tarde de hoy, nuestro agradecimiento por vuestra asistencia y atención.

